أثر الظروف الإقتصادية على القوة الملزمة للعقد

«عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية»

دكتور
رشوان حسن رشوان أحمد
المستشار بهيئة قضايا الدولة

الطبعة الأولى
١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

"يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ...."

صدق الله العظيم

من الآية «1» من سورة المائدة

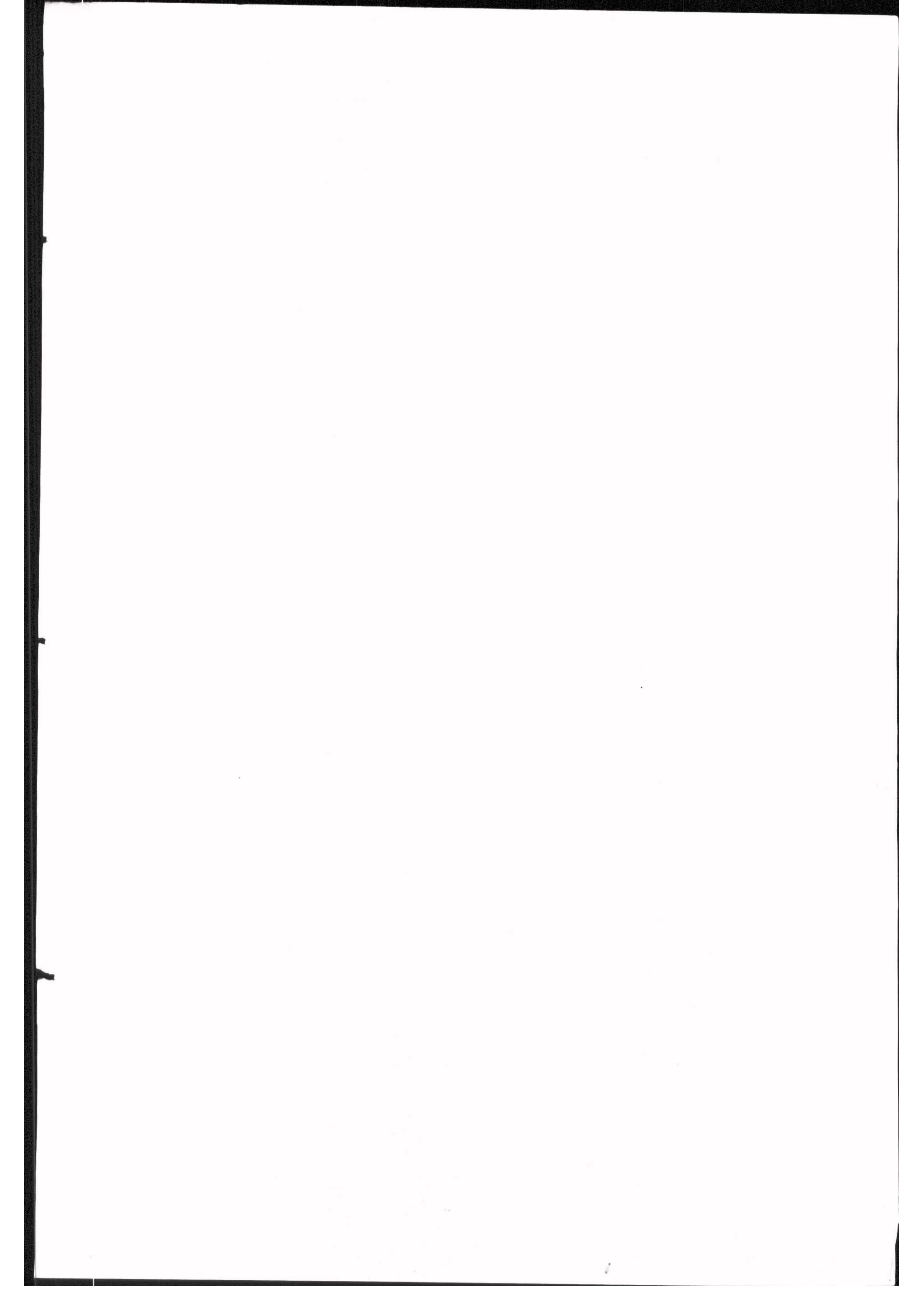
إهــداء

* إلى روح والدى ..
* إلى والدتى ..

برا بهما .

* إلى أسرتى الصغيرة ..

التى تكبدت مشقة إغترابى عنها رغم أنى أعيش بين ظهرانيها.



مقدمة

توطئة - أهمية الموضوع - نظرة تاريخية - منهج البحث

توطئة:

١ - شهدت الآونة الأخيرة مجموعة من التقلبات الإقتصادية التى اهتزت لها موازين الأفكار القانونية إهتزازا كبيرا. فالآثار الإقتصادية السيئة التى نجمت عن الحربين العالميتين العظميتين. والأزمة الإقتصادية الكبرى التى تخللتهما عام ١٩٢٩، وانهيار الكتلة الإشتراكية أخيرا، تركت جميعها آثارا واضحة على الأفكار القانونية السائدة. ومن أهم هذه الآثار ضرورة أن تستوعب هذه الأفكار المعطيات الإقتصادية الجديدة، وأن تقدم لها الحلول المناسبة.

ولم تكن نظرية العقد بمعزل عن النظريات والأفكار القانونية التى تأثرت بالتقلبات المذكورة. بل، على العكس، تعد نظرية العقد، التى تقوم على «مبدأ سلطان الإرادة» بشقيه، من أكثر النظريات أو الأفكار القانونية تأثرا بالتقلبات الإقتصادية، سواء من حيث «مبدأ الرضائية» أو من حيث «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين». فمن حيث الرضائية ظهرت عقود الإذعان، والعقود الموجهة، والعقود النموذجية والعقود الجبرية والعقود المفروضة. ومن حيث «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين» الذى صاغته المواد ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، ١/١٤٧ من القانون المدنى المصرى، و ٢٣٠ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، و ٢٤٧ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى، كان التأثير أعظما.

فبحسب الأصل، تنشأ عن العقد أو الإتفاق، طالما تم ابرامه على النحو الصحيح قانونا، مجموعة من الإلتزامات على عاتق طرفيه، لايجوز لأى منهما أن يتحلل منها، كما لايجوز له أن يتحلل من نصوص القانون. فالمتعاقد لايجد

له سبيلا سوى تنفيذ الإلتزامات الواقعة على عاتقه، اما طوعا أو كرها، عينا أو عن طريق التعويض. لكن الظروف الإقتصادية المتقلبة، وما يصيب الرابطة العقدية نتيجة لها، أدت بالمفكرين القانونيين إلى البحث عن حلول تجعل الإلتزامات التعاقدية متلاءمة مع الظروف المتغيرة، بحيث تنعكس هذه التغيرات على الإلتزامات العقدية زيادة أو نقصانا، صرامة أو مرونة، من حيث الكم أو الكيف أو المواعيد. فالملاءمة إذن من الأفكار التى تهدف إلى مواجهة تقلب الظروف الإقتصادية وما يتولد عن ذلك من آثار.

أهمية الموضوع :-

٢ - العدالة موضوع قديم حديث، شغل ويشغل وسيشغل بال المفكرين عامة، والفلاسفة والقانونيين خاصة. وكل مهتم بالعدالة يبحثها من الزاوية التى تشغل باله. والقانونيون يشغل بالهم تحقيق العدالة فى المعاملات الجارية، بحيث لا يثرى شخص على حساب شخص آخر. لذلك، ومنذ القدم، تبارى القانونيون يقدمون، للمشرع وللقاضى، الأفكار التى يرون أنها تقيم العدالة بين المتعاقدين، أو تعيد هذه العدالة إلى ماكانت عليه بينهما عند التعاقد، إن اختلت لإسباب لاحقة على العقد، لادخل لإرادة أحدهما فيها.

وفكرة ملاءمة الإلتزامات التعاقدية للتغيرات التى تحدث فى الظروف الإقتصادية التى يبرم العقد فى ظلها، تساهم بدور كبير فى إعادة العدالة أو التوازن الإقتصادى إلى العقد، إن إختل هذا التوازن، أو اهتزت أركان تلك العدالة. فالملاءمة تعيد توزيع ماحل بالمدين من خسارة، نتيجة لتغير الظروف الإقتصادية، بين طرفى الرابطة التعاقدية بتحميل الدائن جزءا من هذه الخسارة، حتى لا يترك المدين نهبا لظروف سيئة لم تكن له يد فيها.

ومن هنا، تتضح لنا أهمية الموضوع. فهو يقوم على عرض الجوانب المختلفة لفكرة تساعد، بالضرورة، فى معالجة الآثار السيئة لتغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، وذلك عن طريق جعل الإلتزامات العقدية تتلاءم مع الظروف الإقتصادية الجديدة.

ولا تقف أهمية توضيح فكرة ملاءمة العقد للتغيرات التى تحدث فى الظروف الإقتصادية التى يبرم العقد فى ظلها، عند الجانب النظرى، بل تمتد إلى الجانب العملى. فالمتعاقدان والقاضى والإدارة يهمهم، جميعا، أن يتبينوا المقصود بالتطويع للملاءمة، وحدوده، وشروطه، ونتائجه، ودور كل منهم وسلطاته فى التطويع، حتى يقوم بدوره وهو على بينة من أمره. وبذلك تتضح أهمية الجانب العملى لفكرة التطويع.

نظرة تاريخية :-

٣ - أن ملاءمة الإلتزامات التعاقدية للظروف الإقتصادية المتقلبة ليست وليدة اليوم. وإنما تمتد بجذورها فى التاريخ.

أولا : فى الشرائع القديمة :-

تضمنت قوانين مصر الفرعونية إشارات إلى ضرورة ملاءمة الإلتزامات العقدية مع تغير الظروف الإقتصادية التى يبرم العقد فى ظلها. فقد جاء فى مرسوم دهشور أن عقد الإيجار ينقضى إن أنشأ المؤجر مؤسسة تقوم على نفس الأعيان المؤجرة[١]. كذلك، ثبت أن الفراعنة كانوا يضمنون عقود إستئجار الرقيق للخدمة التزاما على عاتق مالك الرقيق بتعويض المستأجر فى الحالات التى يتعطل فيها رقيقه عن آداء الخدمة المتعاقد عليها[٢]. ولم يتغير الوضع بعد أن اشتد ساعد الدولة الفرعونية وصارت السيطرة الحكومية تمس كافة جوانب الحياة فى المجتمع[٣]، إذ بقيت إمكانية تعديل شروط عقد

---

(١) الدكتور شفيق شحاته - تاريخ القانون المصرى - القاهرة - ١٩٦٠ - فقرة ٤٨ - ص ٦١.

(٢) الدكتور محمود سلام زناتى - تاريخ القانون المصرى - القاهرة - ١٩٧٢ - ص ١٨٩.

(٣) الدكتور احمد عباس عبد البديع - تدخل الدولة ومدى اتساع مجالات السلطة العامة - دار النهضة العربية - ١٩٧١ - ص ٢٨.

المزارعة، عند زيادة أو نقص الحاجة المعيشية للأسرة الملتزمة بالزراعة، أو عند النوازل التى تؤثر فى المساحة المزروعة من الأرض محل التعاقد قائمة.

وبعد تأثر القانون المصرى بالقانون الرومانى، وتأثيره فيه، ظهرت عادة إدراج شروط ضمان الإستحقاق فى عقد القسمة، وإدراج الشرط الجزائى فى عقد البيع(١)، وذلك بهدف جعل الإلتزامات التعاقدية متلاءمة مع تغير الظروف التى يبرم العقد فى ظلها.

ودعت شريعة العبريين إلى الرحمة بالفقراء عند إقراضهم(٢)، مما يعنى أن عقد القرض، عند العبريين، يمكن تطويعه ليتلاءم مع إفتقار أو إغتناء المقترض.

واعترف قانون حمورابى، عند البابليين، بآثار تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها على الإلتزامات التعاقدية. فجعل لوقوع الكوارث الطبيعية تأثيرا على الوفاء بالإلتزامات التعاقدية. فلو أغرق الفيضان مزروعات الفلاح المقترض أو انحسر الماء عنها، تأجل الوفاء بدين القرض، وفوائده طيلة فترة الفيضان(٣).

وفرض القانون البرهامى عقوبة على كل من يبيع سلعة بأكثر مما تساوى، كما نظم الأجور والعمل بطريقة تمكن الدولة من التدخل لملاءمة العقد مع الظروف الإقتصادية المتقلبة، وهو ماكانت تحققه، أيضا، الدولة الصينية القديمة عن طريق تولى مهام نقل البضائع فى جميع أنحاء البلاد، وبتخزين السلع فى وقت الرخاء لبيعها إذا أخذت الأسعار فى الإزدياد(٤).

---

(١) الدكتور فتحى المرصفاوى - تاريخ القانون المصرى - دار الفكر العربى - ١٩٧٨ - ص ٢٠٥.
(٢) الدكتور أحمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة - المرجع السابق - ص ٢٨، ٢٩.
(٣) الدكتور صوفى حسن أبو طالب - تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - دار النهضة العربية - ١٩٧٣ - ص ٢٢٧.
(٤) الدكتور أحمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة - المرجع السابق - ص ٢٩،٣٠.

واتخذت السلطة العامة فى اليونان القديمة إجراءات متعددة لتنظيم سوق الطعام، كتحديد الأسعار ومراقبتها، والإشراف على الموازين والمقاييس، والزمت الناس بواجب مراعاة الشرف والأمانة فى تعاملاتهم، وأصدرت القوانين التى تحارب إحتكار السلع، حتى لا يسود الغلاء، وتثرى فئة على حساب فئة أخرى(١)، كما أصدرت القوانين التى تخفف الإلتزامات أو ترفع الإعباء، إذا ماكان ذلك بفعل تغير الظروف الإقتصادية(٢). كل ذلك كان بقصد جعل الإلتزامات المتولدة عن العقود متلاءمة مع تغير الظروف الإقتصادية.

وقام البريتور الرومانى، فى الدولة الرومانية، بدور الملطف لصرامة قواعد القانون المدنى. فكان يلغى جميع الآثار التى تترتب على تصرف نشأ موافقا لقواعد القانون المدنى ويعتبره كأن لم يكن إن إقتضت المتغيرات ذلك، كما لو جعلت الظروف تنفيذ الإلتزام مجحفا بأحد المتعاقدين، وذلك عن طريق الأمر بإعادة الشىء إلى أصله(٣)، أو عن طريق فكرة تحمل التبعة(٤). وقد حدد القانون الرومانى، فى فترة متأخرة، سعر الفائدة التى تفرض على الإقتراض، بعد أن كان يحرم هذه الفائدة بصفة مطلقة، كما أخذ، بموجب الأمر الصادر فى عام ٢٠١ ميلادية، بفكرة الثمن العادل JUSTE PRIX أو الثمن الحقيقى VERUM PRETIUM الذى يحدد على أساس التكلفة الفعلية للإنتاج(٥)، وبالأجر العادل JUST SALAIRE(٦) الذى يتحدد على أساس

---

(١) الدكتور أحمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة - المرجع السابق - ص ٢٢، ٢٣، ٢٤.

(٢) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالة دكتوراة من جامعة القاهرة - ١٩٧٩ - مطبعة الجيزة بالإسكندرية - ص ٢٦.

(٣) الدكتور صوفى حسن أبو طالب - تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - المرجع السابق - ص ٢٣٩.

(٤) - الدكتور شفيق شحاته - نظرية الإلتزامات فى القانون الرومانى - ١٩٦٢ - ص ١٧.
- الدكتور عمر ممدوح مصطفى - القانون الرومانى - الطبعة الرابعة - دار المعارف - ص ٧٦، ٧٧.

(٥) الدكتور احمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة - المرجع السابق - ص ٣٨.

(٦) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول (العقد) الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - ص ٤٧٧ - رقم ٢٠٢.

ما يعود على رب العمل من فائدة،كما حوت مجموعات جستنيان أحكاما تتعلق بفسخ العقد إن جدت ظروف غير تلك التى ابرم فى ظلها، وأثرت فى مركز المتعاقدين أو أحدهما، كما لو تغيرت ظروف ابرام عقد التأجير تغيرا من شأنه أن يجعل المؤجر فى حاجة ماسة إلى العين المؤجرة(١).

ثانيا : فى العصور الوسطى :-

نظمت الدولة، فى أوربا، المعاملات بين الأفراد وأخضعتها للتنظيم والسيطرة. فحظرت المبادلات من أجل التربح، كما حددت قيم الأشياء ونظمت العمل والعمالة(٢). كذلك حرم القانون الكنسى الربا ومد التحريم إلى الغبن فسوى بينه وبين الربا. بل مد الكنسيون التحريم حتى إلى الغبن اللاحق، عن طريق ابتكار نظرية شرط عدم تغير الظروف REBUS SIC STANTIBUS التى تقضى بأن تنفيذ العقد مرهون ببقاء الظروف التى ابرم فى ظلها على ماهى عليه دون تغير أو تقلب يؤثر فى الإلتزامات المتولدة عن العقد(٣). بمعنى أنه تجب على الدوام ملاءمة الإلتزام العقدى مع تغير الظروف الإقتصادية.

ثالثا : فى عصر النهضة :-

تحدث الفقهاء الفرنسيون المتأثرون بالقانون الكنسى(٤) عن شرط عدم تغير الظروف التى ابرم العقد فى ظلها تغيرا من شأنه أن يؤثر فى التوازن الإقتصادى للعقد، وإلا أدى ذلك إلى ضرورة مراجعة الإلتزامات المتولدة عن

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - اثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - المرجع السابق - ص ٤٥.

(٢) الدكتور أحمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة - المرجع السابق - ص ٤٠.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - المرجع السابق - ص ٧٢.

(٤) من أمثال "TIRAQUEAU" et ANDRE ALCATUSE

العقد. وكانت المحاكم، هناك، تخضع الحقوق الإقطاعية "FEODAUX" والحقوق الحكرية "EMPHYTHEOTIQUES" للمراجعة كلما تغيرت الظروف، على أساس أن هذه الحقوق تنشأ عن عقود تستمر لفترة طويلة نسبيا(١).

وفى بريطانيا صدر قانون الصناع عام ١٥٦٣، ونظم الأجور بناء على تكاليف المعيشة، مما كان يجعلها تتحدد سنويا لتتلاءم مع مستجدات الظروف الإقتصادية، كما صدرت مجموعة القوانين المسماة بقوانين الغلال CORN LAWS، فى أعوام ١٥٣٤، ١٥٥٥، ١٥٦٢ و ١٥٧١، التى كانت تهدف إلى إقامة التوازن العقدى بين المستهلكين والمنتجين(٢).

وعلى الرغم من أن محاكم الشريعة العامة الإنجليزية THE COMMON LAW COURTS كانت ترفض فكرة مراجعة الإلتزامات التعاقدية، مهما تغيرت الظروف، فإن محاكم الضمير، هناك، درجت على تطبيق فكرة تأثير تغير الظروف الإقتصادية على الإلتزامات التعاقدية، بتعديل هذه الأخيرة، إن أقتضت العدالة ذلك(٣).

رابعا : فى العصور الحديثة :-

تراجع المذهب الفردى، لفترة طويلة، نتيجة لذيوع الأفكار الإشتراكية، ولقيام الحروب المتكررة، وتكرار الأزمات الإقتصادية الطاحنة، تراجعا بينا لصالح المذاهب الإجتماعية التى تقوم على العدالة التعاقدية، لدرجة أن عالجت بعض القوانين تغير الظروف معالجة ثورية، على الرغم من أن البعض الآخر لازال يعالج هذه المشكلة معالجة جزئية، وعلى استحياء بالتفافه حول شرط بقاء الشىء على حاله.

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - المرجع السابق - ص ٧٧.

(٢) الدكتور احمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة - المرجع السابق - ص ٦٢.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٨٢.

فالقانون الألمانى تضمن من النصوص ما يوحى بأنه يعمل حكم تغير الظروف التى تبرم العقود فى ظلها، كالمادة ٣٢١ مدنى التى تجيز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إن تعرضت وسائل تنفيذ التزام المتعاقد الآخر للنقصان أو التلف، بعد ابرام العقد، والمادة ٦١٠ منه التى تجيز لمن تقدم لإعطاء قرض أن يتحلل من التزامه الموعود به إن طرأت ظروف ترتب عليها تغير جوهرى فى المركز المالى للموعود له.

والمشرع الفرنسى أصدر العديد من التشريعات الوقتية التى تواجه تغير الظروف الإقتصادية التى يبرم العقد فى ظلها مما جعل الإلتزامات العقدية تتلاءم مع الظروف الجديدة، على الرغم من نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى التى تشدد على حرمة العقود، وهو مايعد أخذا بفكرة التطويع.

وفى المملكة المتحدة استندت المحاكم إلى وسيلة تفسير القوانين والعقود لكى تصل إلى ملاءمة هذه العقود مع الظروف الإقتصادية الجديدة، وتحقق، بذلك، العدالة بين طرفى الرابطة العقدية(١). ولم يقف الأمر عند محاولات المحاكم القائمة على التفسير، بل تدخل المشرع بموجب عدة تشريعات تحمى الطرف الضعيف أو الذى يصبح ضعيفا، فى الرابطة العقدية. من أهم هذه التشريعات قانون ١٩٤٣ الخاص بالظروف الإقتصادية التى تنشأ بعد

---

(١) فقد سارت المحاكم على نهج معين فى التفسير يستند على أن «من لزم الحرفية لزم القشور وضيع اللباب» و «تفسر العبارات ضد من استعملها» و «القانون يعين المخدوعين لا الخادعين» و «سنت القوانين كى تمنع القوى من أن يسخر قدرته لفعل ما يشاء».

BROOM`S LEGAL MAXIMS, 10 th. ed., by KERSLEY and CANTAB, 1939, SWEET and MAXWEEL, LONDON.

نقلا عن الدكتور أحمد عبدالرحمن الملحن - نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها - مقال منشور بمجلة الحقوق التى تصدر عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت - س ٢ - ع ٢،١ - ص ٢٧٢.

ابرام العقد وتؤدى إلى استحالة تنفيذه اقتصاديا(١)، وقانون ١٩٧٧ الخاص ببنود العقد المجحفة.

وبالمثل تدخلت العدالة فى الولايات المتحدة الأمريكية لعلاج الآثار التى تنجم عن تقلبات الظروف الإقتصادية، حتى قبل أن يتدخل المشرع ويعالج المسألة، عملا بالقاعدة الأنجلوأمريكية التى تذهب إلى أن العدالة تصلح ما يعجز القانون عن إصلاحه(٢). وبعد ذلك، تدخل المشرع بموجب قانون التجارة الموحد، وعالج الآثار الناجمة عن اختلال العدالة التعاقدية.

ولم تغفل القوانين الصادرة فى الدول العربية معالجة آثار تغير الظروف الإقتصادية على العقود التى تبرم فى ظلها، إذ تعمل هذه التشريعات على توزيع آثار التغير على طرفى الرابطة العقدية، عوضا عن أن يتحملها أحدهما، ويثرى الآخر على حساب ذلك. ولا يعنى ذلك أن هذه التشريعات تهمل مبدأ سلطان الإرادة، بل أنها تعالج أثر تغير الظروف، فى الوقت الذى تتمسك فيه بمبدأ سلطان الإرادة وبحرمة العقد.

خامسا : بعد إنهيار الكتلة الإشتراكية :-

لن يتغير الوضع بعد إنهيار الكتلة الإشتراكية وعودة السيطرة إلى النظام الرأسمالى الحر، مع مايؤدى إليه من هيمنة وقوة مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالى، حماية حرمة العقد. والسبب فى ذلك أن إنهيار النظام الإشتراكى لن يفقد العدالة - كأساس دينى وأخلاقى سام للمبادلات - مكاسبها التى حققتها خلال فترة اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة. فستظل العدالة هى القاسم المشترك

---

(1) RENE DAVID et FRANSOISE GRAIVART KERSTRAT, Les contrats en droit Anglais, Paris, L.G.D.J. 1973, P. 405, No 419.

(٢) الدكتور أحمد عبدالرحمن الملحن - نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها - المقال السابق - ص ٢٧٥.

منهج البحث : -

٤ - تقتضى دراسة فكرة تطويع الإلتزامات التعاقدية لتتلاءم مع تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها تقسيم البحث إلى قسمين يسبقهما باب تمهيدى وتعقبهما خاتمة، وذلك كله على النحو التالى:-

باب تمهيدى : نعرض فيه لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين بحسبانه أصلا تأتى فكرة التطويع لتقييده.

قسم أول : نتناول فيه وسائل تطويع الإلتزام العقدى.

قسم ثان : ندرس فيه أحكام تطويع الإلتزام العقدى.

خاتمة : نوجز فيها نتائج البحث.

الباب التمهيدى

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

٥ - تمهيد وتقسيم :-

إن عبارة البريتور الرومانى «سأعمل على حماية الإتفاقات» (موسوعة: ٢، ١٤، ٧، ٧) تعد اللبنة الأولى والأساس التاريخى لقاعدة «أن العهد كان مسئولا». تلك القاعدة التى تعتبر أحد جناحى(١) مبدأ سلطان الإرادة الذى لازال يسود الشرائع الحديثة(٢)،(٣).

ويرى الفقه السائد(٤،٥) أن قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» توارثناها عن القانون الرومانى، الذى نبت فيه مبدأ سلطان الإرادة وتقلب بين النمو

---

(١) وذلك لأن مبدأ سلطان الارادة يقوم على شقين، أولهما: قاعدة الرضائية، وهى تعنى قدرة الارادة بذاتها على إبرام التصرفات القانونية. وثانيهما: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو مانعرض له فى المتن.
انظر فى ذلك: الدكتور صوفى أبو طالب - أبحاث فى مبدأ سلطان الارادة فى القانون الرومانى - طبعة ١٩٦٤ - ص ٥.
الدكتور أحمد حشمت أبوستيت - نظرية الإلتزام - ط ٢ - ٤٢.
الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى - جـ ١ - ط ٢ - ص ٢٧.
الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٨٤ - دار النهضة العربية - ص ٤٤.

(٢) وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية إن «الأصل فى العقود هو تغليب مبدأ سلطان الإرادة. لذلك يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، وللأسباب التى يقررها القانون عملا بنص المادة ١٤٧ من القانون المدنى. وينبنى على ذلك أنه إذا توافرت فى العقد أركانه من تراض ومحل وسبب فإنه يقع صحيحا وتترتب عليه آثاره القانونية التى اتجهت إليها إرادة المتعاقدين» نقض مدنى بجلسة ١٩٩٠/٦/٢٨ فى الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - مجلة القضاة - س ٢٥ - العدد الأول - ص ٤٤٣.

(٣) كانت البلدان ذات النهج الإشتراكى سابقا تضيق من مبدأ سلطان الارادة دون أن تلغيه بصفة نهائية وتحل إرادة الدولة محل إرادة الأفراد.

(٤) الدكتور صوفى أبو طالب - أبحاث فى مبدأ سلطان الارادة - المرجع السابق - ص ٧.

(٥) وذلك على الرغم من أن القانون الرومانى لم يعرف فى أى مرحلة من مراحل تطوره مبدأ سلطان الإرادة كاملا.
الدكتور صوفى أبوطالب - بين الشريعة الإسلامية والقانونى الرومانى - بدون سنة طبع - مكتبة نهضة مصر بالفجالة - ص ١٥٨ ومابعدها.
الدكتور الصدة - مصادر الألتزام - المرجع السابق - ص ٤٥.

والضعف تبعا لتطور ظروف المجتمع الرومانى الإقتصادية والإجتماعية والسياسية، فى حين يرى جانب آخر من الفقه أن العلة فى الإعتراف بالقاعدة ترجع إلى ما يتمتع به الفرد من حرية(١)، كما ترجع إلى القاعدة الخلقية القاضية بوجوب الوفاء بالعهد(٢). لكننا نرى أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كشق من «مبدأ سلطان الارادة» لا يمكن تفسيرها إلا عن طريق «الحيلة القانونية»(٣)التى لازلنا نلجأ إليها كلما أعوزتنا الحاجة إلى تفسير أو تطوير

---

(١) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الإلتزام - المرجع السابق - ص ٤٨.

(٢) قارن الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل فى الفقه الاسلامى - دراسة موازنة - الطبعة الأولى - ف ٦ - ص ١١ حيث يرى ضرورة التمييز وعدم الخلط بين الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة: «فمبدأ الرضائية مؤداه فك القيود عن الارادة وتحريرها منها أو فى عبارة موجزة كفاية الارادة لإنتاج الأثر القانونى. أما مبدأ سلطان الارادة فهو يتعلق بسعة نطاق هذا الأثر الذى تنشئه الإرادة الطليقة من قيودها».

(٣) التى تعتبر «وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغير حكم القانون دون تغير نصه» الدكتور صوفى أبو طالب - مبادىء تاريخ القانون - طبعة ١٩٦٧ - ص ٢٩٠.

ولاينكر أحد دور الحيلة فى تبرير القواعد القانونية القائمة، أحيانا والحيلة تكون عندئذ من ابتكار الفقه، الدكتور سمير عبدالسيد تناغو - النظرية العامة للقانون - ط ١ - ص ٤٠٦ - بند ١٢١.

وعند الفقهاء المسلمين عرفت الحيلة بأنها «التحيل بوجه سائغ ومشروع فى الظاهر أو غير سائغ على إسقاط حكم وقلبه إلى حكم آخر بحيث لا يسقط أو لاينقلب إلا مع تلك الواسطة، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود مع العلم بكونها لم تشرع له - فكان التحيل مشتمل على مقدمتين: «أحدهما قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض فى ظاهر الأمر و الأخرى «جعل الأفعال المقصود بها فى الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام» الشاطبى (أبو اسحاق) الموافقات فى أصول الشريعة - المجلد الثانى - بيروت - دار المعرفة - ص ٢٧٨، ٢٧٩.

وقد قسم الشرعيون الحيل إلى صنفين: الحيل المباحة شرعا والحيل الباطلة شرعا. والصنف الأول يقصد به «قلب طريقة مشروعة وضعت لأمر معين واستعمالها فى مسألة أخرى بقصد التوصل إلى اثبات حق أو دفع مظلمة أو إلى التيسير بسبب الحاجة» فى حين أن الصنف الثانى من الحيل يخص تلك التى تهدف إلى قلب الأحكام الشرعية إلى أحكام أخرى ظاهرها الصحة وباطنها الفساد. الدكتور صبحى محمصانى - فلسفة التشريع فى الإسلام - ط ٢ - نشر دار العلم للملايين بيروت - ص ٢٢٢، ٢٢٣.

فالحيلة «منها ماهو مشروع جائز ومنها ماهو محظور غير جائز. فالجائز منها مايترتب عليه تحقيق مقاصد الشارع من فعل ما أمر الله به واجتناب مانهى عنه واحياء الحقوق ونصر المظلوم والانتصاف من الظالم. وهذا حلال مباح أو مستحب أو واجب. وغير الجائز ماترتب عليه العبث بمقاصد الشارع من اسقاط الواجبات وتحليل -

مبدأ قانونى أو قاعدة قانونية. ذلك أن الإكتفاء بالاستناد إلى التفسير التاريخى لنشأة المبدأ لتبرير وجوده فى التشريعات المعاصرة يثير نفس السؤال عن سبب نشأته فى القانون الرومانى، كما أن الإستناد إلى الحرية الفردية والقاعدة الخلقية، وإن كان يكفى لتبرير وجود القاعدة، إلا أنه لا ينهض لتفسير نشأتها.

فالحيلة القانونية(١)، إذن، هى التى تفسر لنا نبتة قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» فى القانون الرومانى، واحتواءها فى التشريعات المعاصرة.

ودراستنا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تقتضى التعرض لمضمون القاعدة، أولا، ثم التطرق لدراسة حدودها، ثانيا.

لذلك سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين:-

الفصل الأول : مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

الفصل الثانى : حدود قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

= المحرمات وقلب الحق باطلا والباطل حقا» الدكتور عبدالسلام ذهنى بك - الحيل، المحظوز منها والمشروع - مطبعة مصر - ١٩٤٦ - ص ١٠٨ - بند ٦٧ مكرر، واشار، رحمه الله، إلى أن هذا ماجاء برسالة «كشف النقاب عن موقع الحيل من الحديث والكتاب» للشيخ محمد عبدالوهاب بحيرى التى نوقشت - بالأزهر فى عام ١٩٤٥.

(١) مادامت مشروعة «وللحيلة المشروعة دلالة من السنة، منها استخراج الحقوق بالحيلة: حكاية تخاصم المرأتين إلى داود فى أيهما أم الولد المخاصم عليه، فنادى أن يأتوه بالسكين ليشق الطفل بينهما، فقالت صغرى الإثنين الابن هو للكبرى، فقضى به للصغرى. رمنها التخلص من الظلم بالحيلة: وقد ورد فيها عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رجلا شكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من جاره أنه يؤذيه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطرح متاعه فى الطريق (أى متاع الشاكى نفسه) ففعل. فجعل كل من مر عليه يسأل عن شأن المتاع فيخبر بأن جار صاحبه يؤذيه فيسبه ويلعنه. فجاء إليه (أى الجار) وقال رد متاعك إلى مكانه فوالله لا أوذيك بعد ذلك أبدا: أخرجه احمد وأصحاب السنن».
الدكتور عبدالسلام ذهنى بك - الحيل المحظور منها والمشروع - المرجع السابق - ص ١١٣ - بند ٦٧ مكرر ٩.

الفصل الأول

مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

٦ - تعنى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن ماااتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتهما يلزمهما. ولايمكن لأحدهما أن ينفك منه، كأصل عام، بارادته المنفردة. فالإرادتان اللتان حددتا كم الإلتزام، وكم مقابله، وكيفية الوفاء به. وموعد هذا الوفاء، وغير ذلك من عناصر الإلتزام هما اللتان تملكان تعديل أى عنصر من عناصره[١]، ولاتستطيع إرادة واحدة منهما، ولا إرادة خارجية عنهما، إجراء هذا التعديل، كأصل عام[٢].

ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين هذا لم يعترف به القانون الرومانى إلا فى العصر العلمى[٣]، ذلك أن القانون الرومانى قد غلبت عليه الشكلية، فلم يعترف للإرادة بأى دور فى إنتاج آثار العقد إلا فى عصر متأخر، حتى نشأت، هناك، قاعدة أصولية مقتضاها أن الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه أثر.

ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين السائد الآن فى كل التشريعات المعاصرة، والذى يعنى أن ماااتفق عليه المتعاقدان يلزمهما[٤] قد حث عليه الشرع الإسلامى فى

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - بند ٤٣ - ص ١٨٢.

(٢) وفى ذلك تقول محكمة النقض أن «العقد وعلى ماجرى عليه نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، والقول بغير ذلك يؤدى إلى تعديل العقود بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون الآخر ويؤدى إلى عدم استقرار المراكز القانونية» نقض مدنى جلسة ١٩٩٠/٤/٥ فى الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٦ ق - مجلة القضاة - س ٢٥ العدد الأول - ص ٤٤٤.

(٣) الدكتور صوفى أبو طالب - أبحاث فى مبدأ سلطان الارادة فى القانون الرومانى - المرجع السابق - ص ٨.

(٤) ولذلك فإن من يستند إلى العقد يستند إلى حق

"Qui dit contractuel, dit Juste"

ANNE SINAY-CYTERMANN, La commission des clauses abusives, R.T.D.C., 84 e annee (1985), No 3 (Juillet-Septemsre), P. 472, No 1.

القرآن الكريم(١). وفى الأحاديث النبوية الشريفة(٢). هذا، ويقتضى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن تكون للعقد المبرم قوة ملزمة فى موضوعه. أى أن المتعاقد يلتزم بما ورد فى العقد من ناحية، ولايلتزم إلا به من ناحية أخرى. فالعقد، فى قوته الملزمة، يساوى القانون فى قوته الملزمة(٣)، ويطبقه القاضى على طرفيه كما لو كان يطبق القانون(٤)،(٥)، فيجب على كل طرف

---

(١) «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» من الآية الأولى من سورة المائدة.
«ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجرا عظيما» من الآية ١٠ من سورة الفتح.
«وأوفو بعهد الله إذا عاهدتم» الآية ٩١ من سورة النحل.
«والموفون بعهدهم إذا عاهدوا» من الآية ١٧٧ من سورة البقرة.
«وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا» من الآية من ٥٢ من سورة الأنعام.
«الذين يؤمنون بعهد الله ولاينقضون الميثاق» من الآية ٢٠ من سورة الرعد.
«ولاتشتروا بعهد الله ثمنا قليلا» الآية ٩٥ من سورة النحل.
«وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا» الآية ٦٤ من سورة الإثراء.
«وكان عهد الله مسئولا» من الآية ١٥ من سورة الأحزاب.
«وأوفوا بعهدى أوف بعهدكم وإياى فارهبون» من الآية ٤٠ من سورة البقرة.
«والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون» الآية ٨ من سورة المؤمنون والآية ٣٢ من سورة المعارج.

(٢) فى صدر كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى كتبه لعمر بن حزم حين بعثه إلى نجران «هذا بيان للناس من الله ورسوله» «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» القرطبى (ابو عبدالله محمد بن احمد الأنصارى القرطبى - الجامع لأحكام القرآن - جـ١ - دار الكتاب العربى للطباعة والنشر بالقاهرة - ١٩٦٧ - ص ٣٢ - ٣٣. وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «المؤمنون عند شروطهم».

(٣) لذلك نجد أن المشرع الفرنسى ينص صراحة فى المادة ١١٣٤ من القانون المدنى على أن:

(Les conventions legalement formeets tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites).

(٤) لذلك، نجد الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت - يجعل تعبير «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين» مرادفا لتعبير «قانون العقد» - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - ص ٤٨.

(٥) والفقه الإسلامى مجمع على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه، كأصل عام.
الدكتور عبدالرزاق السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة بالفقه الغربى الحديث - دار النهضة العربية - بدون سنة طبع - الجزء السادس - ص ٥١.
الإستاذ/ أحمد أبوالفتوح - كتاب المعاملات فى الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية - الطبعة الأولى (ديسمبر ١٩١٢) - ص ١٢٨.

تنفيذ ما يتولد فى ذمته عن العقد من التزامات، وإلا كان مسئولا عن إخلاله بالتنفيذ.

ويقتضى تحديد مضمون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بيان الإلتزامات التى يرتبها العقد بين طرفيه، ومدى التزام كل منهما بتنفيذها، الأمر الذى يستوجب تفسير العقد، ثم، تحديد نطاقه، أى تعيين ما أنشأه من التزامات، ثم الزام كل من طرفيه بتنفيذه فى جميع ما اشتمل عليه.

وهكذا تتضح لنا خطة بحث هذا الفصل، فنعرض له فى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : تفسير العقد.

المبحث الثانى : تحديد نطاق العقد.

المبحث الثالث : تنفيذ العقد.

المبحث الأول

تفسير العقد

٧ - لكى نحدد مضمون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يجب أولا، تفسير العقد لتحديد مايرتبه من إلتزامات على عاتق كل من طرفيه، ومدى التزام كل منهما بتنفيذها. ويلاحظ أن الإتجاه العام بصدد تفسير العقد فى القانون المدنى المصرى هو الإعتداد بالإرادة الظاهرة، أكثر من كونه اتجاها إلى الإرادة الباطنة(١). لكن الأخذ بالإرادة الظاهرة لايحول بين القاضى وبين الخروج عليها متى تكشف له أن المتعاقدين قد قصدا بالمعنى الظاهر معنى آخر

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - المرجع السابق - ص ٧٦٦ - بند ٣٨٦.
الدكتور جمال زكى - الوجيز - المرجع السابق - بند ١٦٣ - ص ٢٩٨
والاتجاه نحو الاعتداد بالارادة الظاهرة هو مسلك الشرائع الجرمانية، وعلى الخصوص القانون المدنى الألمانى، وذلك على العكس من اتجاه الشرائع اللاتينية التى تميل إلى تغليب الارادة الباطنة على الارادة الظاهرة.
وإذا رجعنا إلى موقف الفقه الإسلامى من المفاضلة بين الإعتداد بالإرادة الظاهرة والإعتداد بالإرادة الباطنة، نجده يميل إلى الارادة الظاهرة ويغلبها على الارادة الباطنة - الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - الجزء السادس - ط ٢ - ص ٣٠.
الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل فى الفقه الإسلامى - المرجع السابق - بند ١٤٥ - ص ١٣١.
قارن الدكتور صبحى المحمصانى - فى التشريع فى الإسلام - - الذى يرى أن الفقه الإسلامى فقه ذاتى النزعة يعقد بالارادة الباطنة كأصل عام - المرجع السابق ص ٢٨١.
وكذلك النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية - الطبعة الثانية - ص ٤٨١.
ونجد أن القضاء المصرى قد إستقر على الإعتداد بالارادة الظاهرة.
نقض مدنى جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٢م الطعن رقم ٤٢ لسنة ٤٦ ق - م نقض م س ٣٦ ج جـ ٢ د ص ١٢٦١.
وكذلك نقض مدنى جلسة ١٩٨٧/٧/١٢ - م نقض م - ص ٣٨ - جـ ١ - ص ٣٧٢.

غير مايتبادر إلى الأذهان من المعنى الظاهر، ويلزمهما بما انطوت عليه إرادتهما(١). فقد يتكشف من الظروف أن المتعاقدين أساءا استعمال التعبير الواضح فى بنود العقد، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لايؤدى إليه، وإنما يؤدى إلى معنى آخر لم يقصداه، فيلزما بما قصدا من معنى.

٤ - ولتفسير العقد يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، كما عبرت عنها إرادتهما الظاهرة، واعمالها لتحديد الآثار التى يرتبها العقد. فنية أطراف الرابطة العقدية هى المعول عليها، كمبدأ عام، عند

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - المرجع السابق - ص ٨١٢ - بند ٣٩١.
الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٢ - ص ٣١٩.
ويرى الدكتور محمود جمال الدين زكى أن هذا الراى يتعارض ونص المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى المصرى التى توجب أخذ المتعاقدين بالإرادة الظاهرة كما أفصحا عنها فى بنود العقد - الوجيز - المرجع السابق - بند ١٦٢ - ص ٣٠٠.
ويرى الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - أنه إذا تعارضت عبارة النص الواضحة مع الغرض المقصود من إدراج الشرط فى العقد، فإن المادة ١/١٥٠ لايمكن تطبيقها، إذ أن تطبيقها قاصر على حالة ما إذا كانت العبارة واضحة، وان التعارض المشار إليها يعنى أن عبارة العقد يكتنفها الغموض، ومن ثم تخرج عن نطاق نص المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى المصرى - الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين - مجموعة البحوث القانونية التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة.
وهو رأى نرى أنه يوفق بين الرأى المذكور فى المتن والرأى المذكور فى الهامش.

(٢) يذهب الدكتور احمد زكى الشيتى إلى أن أهمية نظرية تفسير العقد لا تقتصر على مايتعلق بتحديد آثار العقد، بل إن هذه النظرية ضرورية من نواح ثلاث: من ناحية هى ضرورية للبحث فيما يتعلق بانعقاد العقد، إذ بالتفسير نتبين ما إذا كانت إرادتا طرفى العقد متطابقتين من عدمه. وهى من ناحية ثانية، ضرورية لتحديد صحة العقد من بطلانه، إذ يتوقف على التفسير معرفة ما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة من عدمه. ومن ناحية ثالثة، فإن نظرية التفسير ضرورية لتحديد الآثار التى رتبها العقد على عاتق كل من طرفيه - رسالته:

La Formation du contrat et son interpretation dans le code civil Egyptien, these, Revue al Qanoun wil Iqtisad, 19 e Annee P. 45, No. 39 et S.

تحديد التزامات وحقوق كل طرف من أطراف العقد، وهو مانصت عليه المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى المصرى. لكن الوصول إلى هذه النية المشتركة ليس من السهل، فى كل الأحوال، فقد يصعب على القاضى، رغم الاستعانة بكل الوسائل الممكنة، التعرف على النية المشتركة هذه. لذلك، ضمن الشارع المصرى نص المادة ١٥١ من القانون المدنى حكما، مقتضاه أن يكون التفسير، عندئذ، فى مصلحة الطرف المدين، شريطة ألا يترتب على ذلك ضرر بالطرف المذعن، فى عقود الإذعان.

لذلك، فإننا عند عرضنا لموضوع تفسير العقد، سوف نبحث، أولا: المبدأ العام المتعلق بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ثم نتطرق، ثانيا، لحكم تعذر الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين.

وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : المبدأ العام فى تفسير العقد: البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

المطلب الثانى : تعذر الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين: تفسير الشك لصالح المدين.

المطلب الأول

البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

٨ - يجب، بادىء ذي بدء، أن نلاحظ أن الرأى السائد فى الفقه(١) والقضاء(٢)، يذهب إلى أنه إذا كانت النية المشتركة للمتعاقدين واضحة، فلا مجال، عندئذ، للتفسير، لأن مجال التفسير هو الإرادة غير الواضحة. وذلك إستنادا إلى نص المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى المصرى التى تذهب إلى أنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين» ويقابلها الفصل ٤٦١ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى الذى ينص على أنه «إذا كانت ألفاظ العقد صريحة إمتنع البحث عن قصد صاحبها» والذى إنتقل بألفاظه إلى المادة ٤٧٣ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

والنية المشتركة للمتعاقدين تستخلص، كأصل عام، من الألفاظ التى استخدماها للتعبير عن نيتهما. والأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة.

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المرجع السابق - ص ٨١٩ - بند ٢٩٤.
الدكتور جمال زكى - الوجيز - المرجع السابق - بند ١٦٤ - ص ٨١٩.
Ahmed Zaki El- Chiati: Formation Du contrat et son interpretation dans le nouveau code civil Egyptien these, Op. Cit. P. 47. No 42.

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٨٣/١١/١٤ فى الطعن رقم ٤٨/١٤٧٦ ق. م نقض م - س ٣٤ - ٢ - ق ٣١٣ - ص ١٦٠١. ونقض مدنى ١٩٨٤/٢/٢٧ فى الطعن رقم ١٨٣٧ - ٤٨ ق - م نقض م - س ٣٥ - جـ ١ - ق ١٠٧ - ص ٥٧٨، وكذلك نقض مدنى جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ فى الطعن رقم ٢٦٢ لسنة ٥١ ق - م نقض م - س ٣٥ - جـ ٢ - ق ٣١١ - ص ١٦٢٧.

فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة، أو متناقضة، أو تحتمل أكثر من معنى[١]، ولا يمكن من خلالها الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، كان هناك محل لتدخل القاضى لتفسير هذه العبارات بإزالة غموضها، أو استجلاء سر تناقضها، أو الوصول إلى معن واحد منها، لتحديد النية المشتركة للمتعاقدين والتى تتمثل فى إرادتى المتعاقدين اللتين بتطابقهما يتكون العقد[٢].

لكن كيف يتمكن القاضى من تفسير عبارات العقد ليصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين؟

لقد رسم المشرع المصرى لتفسير عبارات العقد عدة سبل، يمكن للقاضى، عن طريق الإستعانة بها، الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، حيث نص فى المادة ٢/١٥٠ على أنه «إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات».

---

(١) السنهورى - المرجع السابق - نفس الموضع.
الدكتور جمال زكى - المرجع السابق - نفس الموضع.
ويرى الدكتور سعيد عبدالسلام أن التفسير، كما ينصب على العبارات الغامضة، يمكن أن ينصب على العبارات الواضحة، إذ أن العبارات قد تكون واضحة فى ذاتها لكنها غامضة فى مفهوم المتعاقدين أو تتناقض وقصدهما - سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان - طبعة ١٩٩٢ - ص ٥، ١١٣.

(٢) الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد - سالف الذكر - بند ١ ص ٢.
يذهب الدكتور أحمد زكى الشيتى فى رسالته سالفة الذكر - بند ٥٢ - ص ٥٨، إلى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل فى الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر على النحو الذى فهمه به هذا الأخير، أو على النحو الذى كان يجب عليه أن يفهمه به.
انظر فى هذا الرأى وفى الآراء الأخرى التى قيلت لتحديد النية المشتركة للمتعاقدين، السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المرجع السابق - بند ٣٩٤ - ص ٨٢٠ ومابعدها.

هذه السبل، المنصوص عليها فى المادة المذكورة، تعين القاضى على استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، بل، ويمكنه، للوصول إلى ذلك، أن يسترشد بالسبل التى نظمها المشرع الفرنسى، للبحث عن النية المشتركة لأطراف الرابطة العقدية[١]، كما يمكنه الإستعانة بوسائل تفسير العقود التى عرفها الفقه الإسلامى.

وفى ضوء ماتقدم سوف نتعرض لوسائل تفسير العقد[٢] فى أفرع ثلاثة:

الفرع الأول : وسائل تفسير العقد الواردة فى القانون المصرى.

الفرع الثانى : وسائل تفسير العقد الواردة فى القانون الفرنسى.

الفرع الثالث : وسائل تفسير العقد التى عرفها الفقه الإسلامى.

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المرجع السابق - بند ٣٩٦ - ص ٨٢٣.
الدكتور جمال زكى - الوجيز - المرجع السابق - بند ١٦٤ - ص ٣٠٢.
الدكتور عبدالمنعم فرج الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٢ - ص ٣٢١.
الدكتور حشمت أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - ص ٢٠٨ - بند ٢٣٤.

(٢) يجرى الفقه، عند دراسة وسائل تفسير العقد، على تقسيم هذه الوسائل إلى وسائل داخلية وأخرى خارجية، ويقصد بالأولى الوسائل التى تستخلص من نصوص وعبارات العقد ذاته، فى حين يقصد بالثانية الوسائل التى تستخلص من ظروف وملابسات عاصرت تكوين العقد أو تنفيذه، وخارجية عن نصوص وعبارات العقد.
يراجع السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المرجع السابق - بند ٣٩٥ - ص ٨٢٢.
والدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد - سالف الذكر - بند ١ - ص ٣.

الفرع الأول

وسائل تفسير العقد فى القانون المصرى

٩ - بعد أن نهت المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى المصرى القاضى عن الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، أحالته، فى تفسير نصوص العقد بغية الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إلى السبل الآتية:-

أولا : طبيعة التعامل :-

ويقصد بطبيعة التعامل طبيعة العقد ونوع المشارطة(١). فإذا كانت عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى فسرها القاضى بحسب المعنى الذى يتفق وطبيعة العقد وموضوعه. فلو تخارج وارث، فسر ذلك على أنه تنازل عن جميع حقوقه، حتى المجهول منها(٢)، لكن لا يشمل ذلك حقوقا موروثة من تركة أخرى(٣). وإذا إشترط المعير، فى عارية الإستعمال، على المستعير أن يرد الشىء المعار أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن الطرفين أرادا عارية استهلاك، بل، فقط، قصد المعير أن يلزم المستعير، فى حالة هلاك الشىء المعار، برد مثله، لا بدفع تعويض عنه(٤).

---

(١) الدكتور - أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢٤ - ص ٢٠٧.
الدكتور الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٢ - ص ٢٢٠.
الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد - سالف الذكر - بند ٢٨ - ص ٢٢.

(٢) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٣٤ - ص ٢٠٧.

(٣) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المرجع السابق - بند ٣٩٦ - ص ٨٢٤.
الدكتور الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٨٢ - ص ٢٢٠.

(٤) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المرجع السابق - ص ٣٩٦ - ص ٨٢٤.

والحكمة من الإستعانة بطبيعة التعامل فى تفسير العقد هى أن لكل عقد أحكامه الخاصة، التى تتفق مع طبيعته، وأن اختيار المتعاقدين لنوع معين من العقود يدل أنهما إرتضيا أحكامه.

لذلك، تضمنت المادة ٢/١٥٠ مندنى النص على طبيعة التعامل كوسيلة من وسائل التفسير التى قد يستعين بها القاضى عند تفسيره للعقد.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن غرض الواقف يصلح مخصصا لعموم كلامه(١).

ثانيا : الأمانة والثقة :-

يستهدى القاضى، عند تفسيره للعقد، بما يجب أن يتوافر، فى المعاملات، من أمانة وثقة، بين الناس. والأمانة إذا كانت واجبا على المتعاقد فإن الثقة حق له(٢)، فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهمه طبقا لما تقتضيه أمانة التعامل، فإن كان هناك لبس أو خطأ وقع فيه من وجه الإيجاب، وجب على الموجه إليه الإيجاب ألا يستغله، مادام قد فهم التعبير على معناه الحقيقى، وفى الوقت نفسه، تعطيه الثقة الحق فى أن يعتبر التعبير الموجه إليه هو القصد الحقيقى للمتعاقد الآخر(٣). وفى أن يبنى حساباته على هذا الأساس.

---

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٩ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٤٥ ق «أحوال شخصية» - م نقض م - س ٢٧ - جـ ٢ - ص ١٨٤٠ - ق ٣٣٧.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٢٩٦ - ص ٨٢٤.
الدكتور الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٢ - ص ٣٢٠.

(٣) الدكتور السنهورى - الوسيط الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٢٩٦ - ص ٨٢٥.
الدكتور أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢٤ - ص ٢٠٧.
الدكتور الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٢ - ص ٣٢٠.

فالأمانة تقتضى من الموجه إليه الإيجاب بالبيع أن يفهم أن نية البائع تقصد البيع مع قبض الثمن فورا، مادام إيجابه جاء خاليا من كل الملابسات التى تؤدى إلى القول بغير ذلك. والثقة تعطيه الحق فى أن يفهم أن البيع غير معلق على شرط، واقفا كان أم فاسخا، مادام الإيجاب صدر دون أن يحوى مايفيد ذلك.

وقد تضمنت المادة ٢/١٥٠ النص على ماينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، كوسيلة يستهدى بها القاضى فى تفسير العقد.

ثالثا : العرف :-

يتضمن العرف، هنا، العادات الجارية فى التعامل بين الناس التى لم ترق إلى مستوى العرف. الذى يعتبر ملزما قانونا(١)، كالعادة التى تقضى بأن يكون أجر السمسار ٢،٥٪ من قيمة الصفقة(٢)، أو التى تقضى، فى بلدان المغرب العربى، بأن يكون لسمسار تأجير الشقق الخالية إيجار الشهر الأول متى تجاوزت مدة الإيجار سنة.

وقد نصت المادة ٢/١٥٠ على العرف الجارى بوصفه عنصرا من عناصر التفسير، إستنادا إلى أن المعقول فى المسائل التى جرى فيها عرف أن

---

(١) الدكتور جمال زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٤ - ص ٣٠٢.
الدكتور الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٢ - ص ٣٢٠.
الدكتور أحمد حشمت أبوستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٣ - ص ٣٠٨.
الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين - سالف الذكر - بند ٨٧ - ص ٨٢، ولذلك فهو ينتقد تعبير المشرع عن العادة بالعرف فى المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى المصرى، إذ يرى أنه ينقصها عنصر الإلزام لكى تعد عرفا.
(٢) استئناف مختلط بجلسة ١٩٣١/١٢/٣٠ - المحاماة ١٩٤٢ - ص ١٠٩.

يعلم المتعاقدان به أو يفترض علمهما به، وبالتالى فقد ارتضياه طالما لم ينظما المسألة التى يحكمها على نحو مختلف(١).

لكن يجب أن يكون ملحوظا أن القاضى يستعين بالعرف الجارى فى التعامل للوصول إلى إستخلاص مايجب أن يتوافر، بين المتعاقدين، من أمانة وثقة فى التعامل، وإلى استخلاص طبيعة التعامل. فإذا كانت طبيعة التعامل أو مايجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين فى التعامل تمثل عنصرا مباشرا فى التفسير يساعد على استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، فإن العرف، هنا، يعد وسيلة غير مباشرة للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، أى وسيلة تتحدد فى ضوئها طبيعة التعامل والأمانة والثقة، الذين يساعدوا على استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين. يؤكد هذا الفهم ماجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٢/١٥٠، سالفة الذكر، من «أن هذا الشرف وتلك الثقة ينسبان للعرف الجارى»(٢)، كما يستفاد من اختلاف صياغة نص المادة ٢/١٥٠ عن صياغة النص المقابل فى القانون الملغى(٣)، والذى كان يجرى على النحو التالى: «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها مع مايقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى».

---

(١) وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية أنه إذا «كان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية، وذلك تيسيرا لتداوله وتمكينا له من آداء وظيفته كأداة وفاء، فإن هذا العرف يكون هو الواجب التطبيق»، نقض مدنى جلسة ١٩٧٩/٦/٧ فى الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٤٥ ق - م نقض م - س ٣٠ - جـ ٢ - ص ٥٧٤ - ق ٢٩٣، وتقول أن المنحة تعتبر جزءا من الأجر إذا جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من أجرهم لا تبرعا - نقض مدنى جلسة ١٩٧٦/١٢/١٨ فى الطعن رقم ٦٦٤ لسنة ٤١ ق - م نقض م - س ٢٧ - جـ ٢ - ص ١٧٧٨ - ق ٣٢٦. وكذلك نقض مدنى جلسة ١٩٨٤/٥/٢١ فى الطعن رقم ١٤١٩ لسنة ٥٠ ق - س ٣٥ - جـ ١ - ص ١٣٨٧ - ص ٢٦٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الثانى - ص ٢٩٧.

(٣) المادة ١٢٨/١٩٩.

والعرف، على المعنى الوارد فى المادة ٢/١٥٠، إما أن يكون عرفا مكانيا، كعرف مكان ابرام العقد(١)، وإما أن يكون عرفا مهنيا خاصا بمهنة أطراف التعاقد، كالعرف الجارى فى شركات التنقيب عن البترول العاملة فى المناطق النائية، على توفير السكن لعمالها.

---

(١) نص المشرع الفرنسى فى المادة ١١٥٩ من التقنين المدنى على أن اللفظ الغامض يفسر على ضوء العادة فى بلد إبرام العقد.

الفرع الثانى

وسائل تفسير العقد الواردة فى التقنين الفرنسى

١٠ - يمكن للقاضى، حتى يصل إلى تفسير العقد، أن يستعين فى ذلك بوسائل التفسير الواردة فى القانون الفرنسى، بالإضافة إلى السبل التى رسمتها له المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى المصرى.

ووسائل تفسير العقود التى نظمها القانون المدنى الفرنسى تتمثل فى القواعد الآتية:-

١١ - أولا : إعمال الكلام خير من إهماله :-

تنص المادة ١١٥٧ من القانون المذكور على أنه حينما يحتمل بند فى العقد معنيين، يجب حمله على المعنى الذى يجعله ينتج أثرا قانونيا، بدلا من حمله على المعنى الذى لا ينتج معه أى أثر، ويقابل هذا النص الفصل ٤٦٥ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى الذى يقرر بأنه «إذا أمكن حمل عبارة بند على معنيين كان حمله على المعنى الذى يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذى يجرده عن كل أثر» وقد نقل هذا النص إلى المادة ٤٧٧ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى. وعليه، يسير الفقه(٢)، والقضاء على أن

---

(١) الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين - المرجع السابق - بند ٢ - ص ٤٠.

JOSSERAND: Cour de droit civil, Francais T.2-3. editon No 240 - P. 127.
FLOUR et AUBERT, Droit Civil, les obligations. Vol. 1., L`acte Juridique, 1980. No. 393. P. 306.
GERARD FARJAT: Droit Prive de L`economie. 2. Theorie des obligations, Themis P.U.F. 1975. P. 313.

قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله تمثل وسيلة من الوسائل التى تعين القاضى على تفسير العقد. فلو أن شخصا سلم لآخر أرضا مملوكة له فى مقابل دين، واشترط الدائن أن يستولى على ريع الأرض مقابل الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا بعد السداد، فسر هذا العقد على أنه عقد رهن، لا على أنه غاروقة رغم أنه يجمع خصائصها، لأنه فى الحالة الأولى سينتج أثرا قانونيا فى حين أنه فى الحالة الثانية لن ينتج أى أثر بإعتبار أن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضى الخراجية(١). كذلك لو كان أحد المعنيين يخالف النظام العام فسر العقد باعتبار المعنى الآخر(٢). والحكمة من هذه القاعدة أن وضع بند لاينتج أثرا يعتبر عبثا، والعبث ينزه عنه كل عاقد عاقل.

١٢ - ثانيا : نصوص العقد تفسر بعضها بعضا :-

نصت على هذه القاعدة المادة ١١٦١ من القانون المدنى الفرنسى، حينما قررت بأن بنود العقد تفسر بعضها بعضا، بإعطاء كل بند المعنى الذى يستخلص من العملية فى مجموعها(٣). وهى تقابل الفصل ٤٦٤ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، والمادة ٤٧٦ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى الذين يقضيان بأن «بنود العقد يؤول بعضها البعض، بأن يعطى لكل منها المدلول الذى يظهر من مجموع العقد ...». فيجب تفسير بنود العقد،

---

(١) الدكتور السنهورى، الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٢٩٦ - ص ٨٢٥.

(2) GERARD FARJAT: Droit Prive de l`ecnomie. 2, Theorie Des ibligatons - op.cit. P. 313.

(3) FLOUR et AUBERT, l`acte juridique,Op. Cit. No.393. P. 306.
GERARD FARJAT, Ibid p. 313.
MAZEAUD (H.L.J.) Lecons de droit civil t .2-1 er Vol. obligations. No. 345, P. 268.
الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين - سالف الذكر - بند ٢ - ص ٤.

كل بند بالآخر حتى نعطى كل بند المعنى الذى نصل إليه من تفسير العقد فى مجموعه(١)، فلا يجوز عزل عبارة من عبارات العقد عن بقية العبارات، بل يجب أن تفسر على ضوء أنها جزء من كل، هو العقد، إذ قد تكون هناك عبارة مطلقة، وتقيدها عبارة أخرى، سابقة أو لاحقة عليها، وقد تقرر العبارة أصلا، يرد عليه إستثناء يذكر قبلها أو بعدها، وقد تكون العبارة مبهمة، تفسرها عبارة أخرى وردت فى موضع آخر(٢). فإذا تضمن عقد البيع، على سبيل المثال، بندا يقضى بأن العقار محل عقد البيع، بيع خاليا من كل إرتفاق، وبندا آخر يقضى بأن البائع لا يضمن سوى أفعاله الشخصية. فيجب، فى هذه الحالة، أن يخصص ماورد فى البند الثانى عموم ماورد فى البند الأول، ويكون قصد المتعاقدين، أو نيتهما المشتركة، هو أن البائع لم يثقل العقار المبيع بأى ارتفاق من فعله هو، إنما لايضمن خلوه من ارتفاقات لايعلمها قد يكون رتبها على العقار أسلافه(٣)، وإذا باع شخص قطيع الإبل المملوكة له، ثم عين، فى بند من بنود العقد، الإبل محل عقد البيع، فإن تخصيص العبارة الثانية يحد من عموم العبارة الأولى، ولايدخل فى البيع مالم يذكر من الإبل، ولو كان

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه «لايجوز للمحكمة وهى تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تفيده عبارة معينة دون غيرها من عبارات المحرر، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفى مجموعها» نقض مدنى بجلسة ١٩٧٤/٥/٧ فى الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٣٧ ق - م نقض م - س ٢٥ - ص ٨٠٨ - ق ١٣٢، وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ فى الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٣٩ ق - م نقض م - س ٢٥ - ص ١٢٩١ - ق ٢٢٠. أيضا نقض مدنى بجلسة ١٩٧٦/١٢/٢٩ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٤٥ ق - م نقض م - س ٢٧ - جـ ٢ - ص ١٨٤٠ - ق ٣٣٧. وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٢/٢١ فى الطعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٢ ق - م نقض م - س ٣٥ - جـ ١ - ص ٥٣١ - ق ١٠١.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - بند ٣٩٦ - ص ٨٢٦.

الدكتور جمال زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام - المرجع السابق - هامش ١٤٠ - ص ٣٠٢.

(٣) الدكتور جمال زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٤ - ص ٣٠٢ - هامش ١٤٠.

داخلا ضمن القطيع المملوك له[١]. ويستند هذا الحكم إلى قاعدة أن الخاص يقيد العام.

- ثالثا : تخصيص حالة بالذكر فى العقد لا يعنى عدم انصراف حكمها إلى حالات أخرى لم ترد فيه:-

وقد ورد النص على هذه القاعدة فى المادة ١١٦٤ من القانون المدنى الفرنسى، ويقابلها الفصل ٤٦٩ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى والمادة ٤٨١ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى اللذان يذهبان إلى أنه «عندما تذكر فى العقد حالة لتطبيق الإلتزام، فينبغى أن لا يفهم من ذلك أنه قد قصد تحديد مجاله بها، دون غيرها من بقية الحالات التى لم تذكر». والحكمة من هذه القاعدة أن تخصيص حالة بالذكر قد يكون على سبيل التمثيل، وقد يكون بسبب أن هذه الحالة تستحوذ على أهمية خاصة لدى المتعاقدين، أو حتى لاستبعاد أى شك يثور من حولها[٢]. فإذا باع شخص أرضا زراعية، وكانت من توابعها مواش خصت بالذكر فى عقد البيع، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن المبيع، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان وغير ذلك، تدخل، أيضا، فى عقد البيع[٣]، وإن كان ذلك لا يعنى أن تفسير العقد يضيف موضوعات غير التى كانت محل نظر المتعاقدين عند التعاقد بل يجب أن نقف عند (ماإتفق) عليه الأطراف[٤]، ولانخرج عليه بإضافة موضوعات جديدة، إذ فى ذلك تحميل لنصوص العقد أكثر مما تحتمل النية المشتركة لعاقديه.

---

(١) مشهور عن المنميين فى دول المغرب العربى بيع دوابهم قطيعا قطيعا.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - بند ٣٩٦ - ص ٨٢٧.

الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٤ - ص ٢٠٣ - هامش ١٤.

(٣) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - مرجع سابق - نفس الموضع.

الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - نفس الموضع.

(4) AUBRY et RAU: Cours de droit Civil Francais, T.4, 5. edition No 347, P. 571.

الفرع الثالث

وسائل التفسير التى عرفها الفقه الإسلامى

١٤ - يمكن للقاضى، وهو بصدد تفسير العقد، للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، أن يستعين بوسائل التفسير التى عرفها الفقه الإسلامى، فضلا عن الوسائل السابقة.

فمن المعروف أن الفقهاء المسلمين وضعوا مجموعة من القواعد التى تعين على تفسير ماغمض من بنود العقود. وقد ذكر القانونان المدنيان المصرى والفرنسى البعض منها، كقاعدة «إعمال الكلام أولى من إهماله»(١)، الأمر الذى بنيت على قاعدة «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز»(٢). حتى يمكن إعمال الكلام. فلو باع شخص لآخر، تربطه به رابطة نسب، عقارا بثمن تافه، لايمكن اعتبار ذلك بيعا، لأن الثمن من أركان البيع، فيحمل هذا التصرف على أنه هبة مستترة.

أيضا من القواعد المعتبرة لدى الفقهاء المسلمين، فى تفسير العقود، قاعدة أن المعاملات تقوم على الأمانة والثقة بين المتعاملين، الأمر الذى يوجب على المتعاقد أن لا يستغل الهفوات التى وقع فيها المتعاقد الآخر، ويعطيه الحق، من ناحية أخرى، فى أن يعتبر الفاظ المتعاقد الآخر معبرة عن حقيقة قصد هذا الأخير، مالم يتبين لها مدلولا أخر(٣). ومن القواعد المعتبرة كذلك عند الشرعيين، فى تفسير العقود، الإعتداد بالعادة(٤).

---

(١) المادة ٦٠ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة ٦١ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) وعليه، تنص المادة ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية على أن دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه.

(٤) تنص المادة ٤١ من مجلة الأحكام العدلية على: «إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت».

١٥ – ويضاف إلى القواعد المتقدمة التى عرفها الفقهاء المسلمون وذكرها كل من القانون المصرى ونظيره الفرنسى، مجموعة من القواعد التى انفرد بها الشرعيون، ويمكن للقاضى أن يستعين بها عند تفسيره للعقد، نذكر منها:–

أولا : قاعدة «إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع»(١)، على اعتبار أن المانع شرط معتبر عند التعاقد، فلا يجوز إهماله. فلو باع شخص دارا، واشترط على المشترى سكنى الدار معه طوال حياته، يفسر العقد على أنه يمنع المشترى من التصرف فى الدار طوال حياة البائع، على الرغم من أن تملك المشترى للدار يقتضى جواز التصرف فيها. لكن هذا المقتضى يتعارض مع شرط البائع السكنى، فيقدم المانع.

ثانيا : قاعدة «ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله»(٢)، على أساس أن مالا يتجزأ وحدة واحدة تكفى الإشارة إليها، ولو بالطرف «فلو ترك الشفيع حقه فى الشفعه بنصف الدار وطلب النصف الآخر، بطل حقه فى شفعة كامل الدار»(٣)، لأن حق الشفعة من الحقوق التى لا تقبل التجزئة.

ثالثا : قاعدة «المطلق يجرى على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة»(٤)، لأن الإطلاق معناه إعطاء الحرية والسعة فى الأمر، فلو وكل شخص شخصا آخرا فى ابرام عقد بيع يخص عقاره المحدد الأوصاف، كان للوكيل بيعه بالثمن الذى يراه، لأن الوكالة أتت مطلقة من قيد الثمن. أما لو

---

(١) المادة ٤٦ من مجلة الأحكام العدلية.
(٢) المادة ٦٢ من مجلة الأحكام العدلية.
(٣) الدكتور خالد عبدالله عيد – أحكام المعاملات فى الفقه الاسلامى – نظرية العقد – دراسة مقارنة مع الفقه القانونى الحديث – طبعة ١٩٧٩ (مطبوعة على الآلة الكاتبة بجامعة محمد الخامس بالرباط بالمغرب) – ص ٢١٧ – بند ٢٠٧.
(٤) المادة ٦٤ من مجلة الأحكام العدلية.

وكله فى البيع مع تحديد الثمن. فلا يجوز للوكيل البيع إلا بالثمن المذكور، لأن الوكالة فى هذه الحالة قيدت صراحة بثمن. كذلك الحال لو كانت الوكالة لشراء دار دون تقييد فى الأوصاف، كان للوكيل أن يشترى أى دار، لأن الوكالة أتت مطلقة، على عكس مالو كانت الوكالة لشراء دار لتكون مدرسة، فإن الوكيل يلتزم بشراء دار ذات مواصفات معينة تجعلها تصلح للإستغلال كمدرسة، لأن الوكالة فى هذه الحالة الأخيرة أتت مقيدة دلالة.

رابعا : قاعدة «الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر»(١)، وتقوم هذه القاعدة على أساس أن الحاضر تمكن رؤيته، بعكس الغائب. والرؤية تفوق الوصف وتغلب عليه. وعليه، لو أراد شخص بيع ناقته الجرباء الحاضرة فى مجلس العقد وقال فى إيجابه: بعت هذه الناقة المعافاة من العيوب، وأشار إليها، وقبل المشترى، صح البيع ولغا الوصف، بعكس مالو كانت الناقة غائبة، اعتبر الوصف وبطل البيع.

---

(١) المادة ٦٥ من مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الثانى

تعذر الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين

١٦ - إذا ما استعان القاضى بوسائل التفسير التى أشرنا إليها، لتفسير العقد الغامض، فإنه إما أن يصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين، أو إلى موقف يكتنفه الشك فى الوصول إلى هذه النية، بأن تتعدد وجوه تفسير العقد، دون أن يستطيع تغليب وجه منها على الآخر، الأمر الذى يثير التساؤل عن موقف المفسر إزاء هذه الحالة.

حسم المشرع المصرى هذه المسألة حينما نص فى المادة ١٥١ من القانون المدنى على أن: «١ - يفسر الشك فى مصلحة المدين. ٢ - ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن»، كما حسمها المشرع الفرنسى بنصه فى المادة ١١٦٢ من القانون المدنى على أنه: «فى حالة الشك، يفسر العقد ضد ذلك الذى اشترطه وفى صالح الملتزم»(١). ونفس الأمر بالنسبة للتشريعين المغربى والموريتانى فقد نص الفصل ٤٧٣ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى والمادة ٤٨٥ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى على أنه «عند الشك يؤول الإلتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم».

والحكم الذى أتى به نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى، يتضمن أصلا، وقيدا: الأصل هو تفسير الشك لمصلحة المدين، والقيد هو الا يكون الدائن مذعنا، أذ عندها، يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن، دائنا كان أم مدينا.

لذلك، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : نخصصه لتفسير الشك لمصلحة المدين.

والفرع الثاني : نخصصه لتفسير الشك لمصلحة المذعن دائنا كان أم مدينا.

---

(١) وقد تضمن التانون المدنى الفرنسى عدة تطبيقات لقاعدة تفسير الشك لصالح المدين، نذكر منها ماورد فى المادة ١١٨٧ والمادة ١١٩٠، والمادة ١٦٠٢.

الفرع الأول

تفسير الشك لمصلحة المدين

١٧ - وفقا لنص المادة ١/١٥١ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٦٢ من القانون المدنى الفرنسى، والفصل ٤٧٣ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، والمادة ٤٨٥ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى، يستفيد المدين من شك القاضى فى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إذ سيفسر القاضى هذا الشك لمصلحته.

لكن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين، هذه، يتحدد نطاقها بشروط ثلاثة: الأول: يجب أن يكون هناك شك فى تفسير نية طرفى الرابطة العقدية، بأن تتعدد الإحتمالات المستخلصة من إعمال قواعد التفسير(١)، بحيث لا يستطيع القاضى تغليب إحتمال منها على بقية الإحتمالات. أما إذا استطاع ذلك، مهما كان عسيرا، فلا تنطبق قاعدة تفسير الشك لصالح المدين(٢).

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - بند ٣٩٩ - ص ٨٣٢.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٦ - ص ٣٠٦.
وفى ذلك تقول محكمة النقض أنه إذا اختلف طرفا الدعوى على تفسير ورقة قال المدعى أن المبلغ الوارد بها هو قرض واجب الآداء، وقال المدعى عليه أنه لم يكن قرضا اقترضه من المدعى وإنما هو جزء من ثمن قطن تسلمه المدعى من زراعته بصفته وكيلا عنه وباعه وقبض ثمنه ورشح المدعى عليه لهذا الإدعاء بعبارة الورقة المطالب بقيمتها وبأوراق أخرى قدمها، فحكمت محكمة الإستئناف تمهيديا باستجواب الخصمين وحققت ماادعاه كل منهما وحصلت مما استظهر من القرائن ومن جميع ظروف الدعوى أن دعوى المدعى عليه أرجح من دعوى المدعى وإن هذه القرائن - فى أقل تقدير - موجبة للشك فى سبب الدين المدعى به، فرفضت الدعوى، فهذا حكم صحيح» نقض مدنى بجلسة ١٩٢٣/١٢/٧ - مشار إليه فى محمد كمال عبدالعزيز - التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - الطبعة الثالثة - ص ٤٤٦.

(٢) محمد كمال عبدالعزيز - التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - المرجع السابق - ص ٤٤٦.

ويتعين الأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين، ولو أتى ذلك على غير مصلحة المدين. والشرط الثانى: يجب ألا يكون التفسير مستحيلا، يعجز معه القاضى عن تبين ولو وجها واحدا لتفسير العقد، لأن ذلك قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة على الإطلاق، ولم ينعقد، بالتالى، عقد(١)، وأخيرا: يجب ألا يكون الدائن طرفا مذعنا، إذ عندئذ يجب أن يفسر الشك لمصلحته إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى.

وتتأسس قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين على أن التفسير المعقول للنية المشتركة للمتعاقدين يقتضى القول بأن النية المعقولة عند الملتزم هى أن يلتزم فى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد(٢)، وفيما عدا ذلك لا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين، ولم تنشأ، بالتالى، نية مشتركة للمتعاقدين(٣)، ولذلك، إذا قام شك فى نطاق الشرط الجزائى. هل

---

(١) دكتور السنهورى - الوسيط المرجع - السابق - نفس الموضع

AHMED ZAKI ed CHIATI: La Formation du contrat et son interpretation dans le nouveau code civil Egyptien these - Op. Cit. No 54. P. 61.

(٢) الدكتور السنهورى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٩٩ - ص ٨٣٢.

El CHIA Ti - these. Op. Cit. P. 61. No 54.

(٣) الدكتور السنهورى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٩٨ - ص ٨٣١.

الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٦ - ص ٣٠٥.

ويلاحظ أننا قد اقتصرنا، فى المتن، على بيان الأساس الذى يتفق وبحثنا. فهناك أساسان آخران لتأصيل قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين لم نعرض لهما فى المتن، وهما: الأساس الأول، يتعلق بقواعد الإثبات، وبيان ذلك أن الدائن هو المكلف بإثبات الإلتزام، فإذا عجز عن ذلك، فلا يتبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق، لأنه وحده القدر المتيقن فى حق المدين. والأساس الثانى، يتعلق بأخذ الدائن بخطئه جزاء له، وتفسير ذلك أن الدائن يملى الإلتزام على المدين، فإذا شابه غموض أخذ عليه، وفسر الغموض لمصلحة المدين.

السنهورى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٩٨ - ص ٨٣١.

الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٦ - ص ٣٠٥.

ويؤسس بعض الفقهاء الفرنسيين القاعدة على القياس على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم فى القانون الجنائى.

GERARD FARJAT, Theorie des obligations. Op. Cit. P. 113.

يقتصر أعماله على حالة عدم التنفيذ فقط، أم يمتد، كذلك، إلى حالة التأخر فى التنفيذ، فسر على أنه يقتصر على حالة عدم التنفيذ فقط، لأنه هو الجزء من الإلتزام، المتيقن أن نية طرفى العقد قد توافقت عليه.

وقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين قاعدة معمول بها عند الفقهاء المسلمين، فمن القواعد الكلية فى الفقه الإسلامى قاعدة أن «الأصل براءة الذمة»(١)، وقاعدة أن «الأصل بقاء ماكان على ماكان»(٢)، وقاعدة أن «اليقين لا يزول بالشك»(٣)، «وعليه لو ثار شك فى مديونية المدين، فإن اليقين على أنه برىء الذمة، ذلك لأنه هو الأصل، ولما كان الأصل، أيضا، بقاء ماكان على ماكان، فإن براءة الذمة تبقى قائمة على ماكانت عليه أصلا، ولاتزول إلا بمديونية تقوم على أساس اليقين، لا على أساس الشك»(٤).

١٨ - تطبيقات :-

إذا ماوجد القاضى نفسه بصدد تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، طبقها، وفسر العقد الملزم لجانب واحد لمصلحة الطرف الملتزم فيه، كما فى الوديعة غير المأجورة، لو ثار شك فى مدى العناية التى يلتزم بها المودع لديه، فى حفظ الوديعة، فسر ذلك فى مصلحة الأخير، ووجب عليه بذل عناية الرجل العادى، دون أن يكون ملزما، فى ذلك، بأكثر من عنايته فى رعاية ماله الخاص(٥). أما فى العقد الملزم للجانبين، فإن الشك يفسر لمصلحة المدين بالإلتزام الذى يثور الشك حوله: ففى عقد الإيجار إذا ثار الشك فى

---

(١) المادة ٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة ٥ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) المادة ٤ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) الدكتور خالد عبدالله عيد - نظرية العقد - المرجع السابق - بند ٢١٠ - ص ٢١٩.

(٥) إذ تنص المادة ٢/٧٢٠ من القانون المدنى المصرى على أن إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء مايبذله فى حفظ ماله، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

قدر العين المؤجرة، فسر هذا الشك فى مصلحة المؤجر، فى حين أنه لو ثار حول طريقة الوفاء بالأجرة، أو مقدارها، فسر هذا الشك فى مصلحة المستأجر(١)، وإذا قام شك فى وجوب إعذار المدين، تعين تفسير ذلك الشك فى مصلحته، ووجب إعذاره(٢)، وإذا اشترطت العمولة، عند تمام كل صفقة، ولم يذكر متى تدفع، فسر ذلك على وجوب الدفع عند تنفيذ الصفقة، لاعند عقدها(٣).

ومن أوضح تطبيقات تفسير الشك فى مصلحة المدين ماقضى به الفصل ٤٧٢ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى والمادة ٤٨٤ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى من أنه «إذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف عدة مرات، وجب الإعتداد عند الإختلاف بالمبلغ أو المقدار الأقل، مالم يثبت بوضوح الجانب الذى اعتراه الغلط».

---

(١) الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٦ - ص ٢٠٥.

(٢) الدكتور السنهورى - مصادر الإلتزام - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤٠٠ - ص ٨٣٤.

(٣) الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٦ - ص ٢٠٥.

الفرع الثانى

تفسير الشك فى عقود الإذعان

١٩ - عقود الإذعان، طبقا لنص المادة ١٠٠ من القانون المدنى المصرى، هى التى يقتصر القبول فيها على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، فيحرم، فيها، أحد المتعاقدين من القدرة على مناقشة حقوقه، أو إلتزاماته. فهو إما أن يقبل العقد بصورته المقترحة من الموجب أو أن يرفضه برمته(١).

وفى عقود الإذعان، خرج المشرع المصرى، بمقتضى المادة ٢/١٥١، عن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين وأوجب على القاضى تفسير الشك لمصلحة المذعن، دائنا كان أم مدينا، باعتبار أن المذعن فى عقود الإذعان هو الطرف الضعيف الذى يخضع لشروط الموجب، باعتبار أن الأخير هو الطرف القوى فى العقد. ففى عقد العمل، أو فى عقد النقل الجوى، أو فى عقود توريد المياه أو الكهرباء، يجب تفسير ماغمض من بنود العقد لصالح العامل أو المسافر، أو المشترك، باعتباره الطرف المذعن فى العقد، وقس على ذلك بقية عقود الإذعان.

وعلى الرغم من عدم وجود نص فى القانون المدنى الفرنسى يماثل نص المادة ٢/١٥١ من القانون المدنى المصرى(٢)، يسير بعض الفقهاء الفرنسيين على قاعدة تفسير عقود الإذعان لمصلحة المذعن، دائنا كان أم مدينا، باعتبار أن الموجب، فى عقود الإذعان، يفترض فيه أنه قد قام بدراسة متعمقة لبنود العقد، بل وربما يكون قد استعان ببعض القانونيين فى ذلك. فإن شاب

---

(1) GERARD FARJAT: Theorie des obligations. Op. Cit. P. 62.

(٢) وهو الشأن بالنسبة لقانون الإلتزامات والعقود المغربى وشبيهه المرويتانى، إذ لم يتضمن أى منهما نصا يماثل نص المادة ٢/١٥١ من القانون المدنى المصرى.

العقد، بعد ذلك، غموض تحمل هو نتيجته(٢)، وقد تأثر القضاء الفرنسى بهذا النظر وأصدر عدة أحكام تفسر الشك فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، أيا كان مركزه القانونى، إستنادا إلى الطبيعة غير الآمرة للمادة ١١٦٢ من القانون المدنى الفرنسى، وإمكانية تطبيقها بحسب ظروف كل دعوى، وتأسيسا على أن هدف هذه المادة هو تحقيق العدالة بحماية الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، فليس هناك مايمنع من إعمالها فى كل وقت تقتضى العدالة ذلك، كما فى حماية الطرف المذعن، وأيضا فقد يستند إلى طبيعة تكوين عقود الإذعان، وافتقادها إلى الرضا الحقيقى الكامل لأحد طرفيها(٢)، لتبرير تفسيرها فى صالح الطرف المذعن.

---

(1) GERARD FARJAT: Theorie des obligations Op. Cit. P. 113.

(٢) الدكتور سعيد عبدالسلام - سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان - الولاء للطبع والتوزيع - طبعة ١٩٩٢ - ص ٩٥، ٩٦.

المبحث الثانى

تحديد نطاق العقد

٢٥ - بعد أن يصل القاضى إلى النية المشتركة للمتعاقدين[١]، سواء الحقيقية أو الحكمية، يقوم بتحديد نطاق العقد لكى يتمكن من الزام المتعاقدين بتنفيذه. وفى تحديد نطاق العقد، تحديد لآثاره، لا تلك التى وردت فيه، طبقا للنية المشتركة للمتعاقدين، فقط، بل أيضا، تلك التى تعد من مستلزماته، طبقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام[٢]، ولو لم تغطيها، فى

---

(١) قصد تحديد نطاق العقد، وفى ذلك تقول محكمة النقض أن «تحديد نطاق العقد، وجوب الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين. ورود عقد الإيجار على حصة من دكان النزاع لا يقبل الإنقسام بطبيعته وإقرار المستأجر باستلامه كاملا. اعتبار العقد منصبا على كامل مساحة العين»، نقض مدنى بجلسة ١٩٨٩/٤/٥ فى الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٥٢ ق، وبجلسة ١٩٨٩/٧/٣٠ فى الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٥٣ ق - مجلة القضاة - س ٢٥ - العدد الأول - ص ٢٢٢.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - هامش ٢ - ص ٨٣٦.

الدكتور جمال زكى - مصادر الالإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٨ - ص ٢٠٧.

الدكتور الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٢٢٥، ٢٢٦ - بند ٢٨٦.

الدكتور حشمت أبوستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٣٧ - ص ٢١٢.

الدكتور محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٧٧/٧٦ - بند ٢٠٢ -ص ٢٥٠.

الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد - طبعة ١٩٥٦ - دار النشر للجامعات المصرية - ص ٢٢٧ - بند ٢٥٨.

وفى ذلك تقول محكمة النقض أن «تحديد نطاق العقد - على ماتقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدنى - منوط بما اتجهت إليه إرادة عاقديه ومايعتبر من مستلزماته وفقا للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام» نقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٣/٥ فى الطعن رقم ٩٩، ٣١٠ لسنة ٣٥ ق - م نقض م - ص ٣٥ ق - ص ٦١٧ - ق ١١٦، كما قضت - قبل ذلك بأن «مفاد نص المادة ١٣٨ من القانون المدنى القديم أن تحديد نطاق العقد لايقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد وإنما يضاف إليه مايعتبر من مستلزماته وفقا لطبيعة الإلتزام» نقض مدنى بجلسة ١٩٦٨/٥/٢٨ فى الطعن رقم ٣٤/٢٢٧ ق - م نقض م - س ١٩ ق - ص ١٠١٤.

G.H.L. FRIDM AN, The law of agency, sixth edition (1990), LONDON, Butterworths, P. 156 and suiv.

الواقع، النية المشتركة للمتعاقدين[١].

وقد قضت بذلك المادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى المصرى، حيث نصت على أنه «ولايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام» وفى نفس الإتجاه تنص المادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى على أن «تلزم الإتفاقات ليس فقط بما عبرت عنه، ولكن، أيضا، بكل التوابع التى تضيفها العدالة أو العرف أو القانون إلى الإلتزام بحسب طبيعته». كما قضى الفصل ٤٦٣ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى والمادة ٤٦٥ من قانون الإلتزامات والعقود المرويتانى بأن «تعتبر مضافة لشروط العقد، الشروط الجارى بها العمل فى مكان ابرامه والشروط التى تقتضيها طبيعته» وهكذا يتضح لنا أن كلا من المشرع المصرى والفرنسى والمغربى والموريتانى يجعل طبيعة الإلتزام هى المرجع فى تحديد نطاق العقد، فهى تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة من إضافة آثار أخرى، لا توصل إليها النية المشتركة للمتعاقدين، ولكن تقتضيها طبيعة الإلتزام.

والسؤال هو كيف يصل القاضى إلى ماتقتضيه طبيعة الإلتزام من آثار، لاتوصله إليها النية المشتركة للمتعاقدين؟

ذكر القانونان المدنى المصرى والمدنى الفرنسى، أن القاضى يسترشد بالقانون والعرف والعدالة للوصول إلى ماتقتضيه طبيعة الإلتزام من آثار، مع خلاف بينهما فى ترتيب هذه المعطيات، وهو خلاف غير ذى أهمية. أما القانونان المغربى والموريتانى فلم يقصرا وظيفة تحديد نطاق العقد على طبيعة الإلتزام وإنما أضافا إلى طبيعة الإلتزام ماجرى به العرف المكانى، كما أنهما لم

---

(١) وفى ذلك تقول محكمة النقض أن «وقوع الشاليه المؤجر مفروشا ضمن شاليهات أخرى وسط حدائق قصر المنتزه. اعتبار هذه الحدائق التى اعدت لخدمة شاغلى هذه الشاليهات من ملحقات العين المؤجرة ولو خلا العقد من نص بشأنها»، نقض مدنى بجلسة ١٤/١١/١٩٨٨ فى الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٥٢ - مجلة القضاة - س ٢٥ - العدد الأول - ص ٢٣٢.

يبينا المعطيات التى يستند إليها القاضى فى تحديده لطبيعة الإلتزام، وإن كان يمكن الإستناد إلى المعطيات التى ذكرها القانون المصرى والفرنسى فى هذا الشأن.

وسوف نقول كلمة موجزة فى كل من هذه المعطيات مع بيان كيف يسترشد بها القاضى. لكن يجب أن يلاحظ أن كلا من هذه الوسائل قد جاءت فى القانونين المدنى والفرنسى على سبيل المثال، لا الحصر(١)، لذلك، يمكن الإستعانة بوسائل أخرى. بخلاف القانون والعرف والعدالة، لتحديد ما تقتضيه طبيعة الإلتزام من آثار لايمكن الوصول إليها عن طريق استبيان النية المشتركة للمتعاقدين.

٢١ - أولا : القانون :-

يقصد بالقانون، فيما يتعلق بنص المادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى، مجموعة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة(٢). وهذه القواعد تعين، إلى حد كبير، على تحديد نطاق

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ٤٠٣ - ص ٨٣٧.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ٤٠٥ - ص ٨٣٨.

الدكتور الصده - المرجع السابق - بند ٢٨٦ - ص ٣٢٦.

الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - الموجز فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - الطبعة الثانية - بند ٦٢١ - ص ٣٢٦.

ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, Droit Civil, Les obligations, 3 eme edition, Precis Dalloz, P. 407, No 368.

ويراجع فى ذلك نقض مدنى ١٩٨٤/٢/٥ فى الطعنين رقمى ٩٩، ٣٠١ لسنة ٢٥ ق سالفى الإشارة، وفيهما تقول محكمة النقض أن نطاق العقد يشمل مايعتبر من مستلزماته وفقا للقوانين المكملة والمفسرة، وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٥٤ ق - مجلة القضاة الفصلية - س ٢٥ - العدد الأول - ص ٤٤٢.

العقد، طبقا لطبيعة الإلتزام، إذ أن المتعاقدين، غالبا، مايتفقان على الأمور الجوهرية فى العقد ويتركان الأمور التفصيلية دون تنظيم. وهنا يلجأ المفسر إلى القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين، بهدف الوصول إلى الآثار القانونية، التى تتفق وطبيعة الإلتزام محل العقد - والتى لايمكن الوصول إليها عن طريق النية المشتركة للمتعاقدين - لتضاف إلى مانصل إليه عن طريق النية المشتركة للمتعاقدين، وبذلك يتحدد نطاق العقد. فلو أبرم عقد يلتزم، بمقتضاه، الطرف الأول بأن ينقل للطرف الآخر ملكية شىء معين بعوض، وكان هذا العوض مبلغا من النقود، اعتبر العقد بيعا وحكمته القواعد القانونية المكملة، والواردة فى تنظيم عقد البيع كعقد مسمى(١)، وحددت التزامات وحقوق الطرفين على هذا الأساس(٢)، طالما لم يصرحا بتطبيق أحكام أخرى(٣)، إذ فى هذه الحالة الأخيرة يجب تطبيق القواعد التى اتفق عليها الطرفان، طالما لا تخالف قواعد النظام العام والآداب.

٢٢ - ثانيا : العرف :

رأينا(٤) عند كلامنا عن العرف ودوره فى تفسير العقد، إن المقصود به، عند ذاك، العادات السارية فى التعامل، والتى ينقصها عنصر الإلزام كى تصبح عرفا. أما هنا، ونحن بصدد بيان دور العرف فى تحديد نطاق العقد،

---

(١) نظم القانون المدنى المصرى أحكام عقد البيع فى المواد من ٤١٨ حتى ٤٨١، فى حين نظمه القانون المدنى الفرنسى فى المواد من ١٥٨٢ حتى ١٧٠١ والقانون المغربى فى الفصول من ٤٧٨ وحتى ٦١٨ والقانون الموريتانى فى المواد من ٤٨٩ وحتى ٦٠٥.

(٢) الدكتور جميل الشرقاوى - النظرية العامة للإلتزامات - الكتاب الأول - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٨١ - بند ٨١ - ص ٢٧٣.
الدكتور محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٢ - ص ٢٥٠.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٨ - ص ٣٠٧.

(٣) الدكتور لبيب شنب - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - نفس الموضع.
الدكتور الصدة - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٦ - ص ٣٢٦.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٨ - ص ٣٠٧.

(٤) سابقا بند ٩.

فالمقصود بالعرف هو العرف بمعناه الذى اتخذه المشرع مصدرا رسميا للقانون، أى بعنصريه المادى والمعنوى[١]. والعرف يحدد التزامات طرفى الرابطة العقدية، عندما يستعين به القاضى لتكملة التزاماتهما[٢]، فمثلا جرى العرف على أن من يبيع سيارة يلتزم بتسليم بعض الملحقات الخاصة بها، كالإطار الإحتياطى، وبعض المفاتيح، والعدد الصغيرة[٣]، ولذلك يدخل التزام البائع هذا فى نطاق العقد، على الرغم من عدم ذكره صراحة. كذلك جرى العرف على أن من يبيع شينا خطرا، كالأسلحة النارية، يلتزم بأن يبين للمشترى وجه الخطورة فيها والإحتياطات الواجب إتخاذها حيالها[٤]، وهو التزام يدخل فى نطاق العقد، إستنادا إلى العرف، ولو لم يذكره المتعاقدان من بين بنود العقد.

هذا، ويغلب العرف فى المسائل التجارية، والمعاملات البحرية، وعقود التأمين، والحساب الجارى، وفيها يعتبر مساويا للقانون. فقد جرى العرف التجارى، مثلا، على الزام من يبيع محلا تجاريا بأن يسلم للمشترى دفاتر وسجلات المحل، حتى يستطيع الأخير أن يبنى معرفة واضحة بحقوق المحل وديونه وصلته بعملائه[٥].

---

(١) الدكتور الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٦ - ص ٣٢٦.
الدكتور حشمت ابو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢٧ - ص ٣١٢.

(٢) وفى ذلك تقول محكمة النقض بأن «مؤدى نصوص المواد ٢/١٤٨، ٥٦٦، ٤٣٢ من القانون المدنى ان العين المؤجرة لا تقتصر على ماورد ذكره فى العقد بشأنها وإنما تشمل أيضا مايكون من ملحقاتها التى لاتكتمل منفعتها المقصودة من الايجار إلا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب إعمال اتفاقهما، فإن لم يتفقا وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء واتباع العرف»، نقض مدنى بجلسة ١٩٧٩/٢/٢٤ فى الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤ ق - م نقض م - س ٣٠ - جـ ١ - ص ٦٠٠ - ق ١١٣. وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٥٤ ق سالف الذكر.

(٣) الدكتور جميل الشرقاوى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٨١ - ص ٢٧٤.

(٤) الدكتور لبيب شنب - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٢ - ص ٢٥١.

(٥) الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٤٠٧ - ص ٨٣٩.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتتزام - المرجع السابق - بند ١٦٨ - ص ٢٠٨.

وتضاف إلى العرف وتتصل به، الشروط المألوفة التى إعتاد الأطراف على إدراجها فى عقودهم، بحيث أصبحت معلومة لهم ولو لم تذكر فى العقد، وتأخذ حكمه من حيث إعتباره معينا للقاضى على تحديد نطاق العقد(١). فلو أصبح تحصيل نسبة معينة على فاتورة الحساب تحت بند «خدمة» شرطا مألوفا، اعتبرت هذه النسبة التزاما على عاتق عميل الفندق أو المقهى أو الملهى، ووجب عليه آداؤها مع الحساب، ولو لم يذكر ذلك فى عقد الفندقة أو اللهو أو ضمن شروط ارتياد المقهى.

ثالثا : العدالة :

ويسترشد القاضى، أيضا، بقواعد العدالة، للوصول إلى تحديد نطاق العقد، وذلك بإضافة الآثار التى تقتضيها قواعد العدالة، إلى أثار العقد المستخلصة من النية المشتركة للمتعاقدين، ليتحدد من مجموعهما نطاق العقد(٢).

وإذا كانت العدالة مبدأ مثاليا تبغى كل التشريعات تحقيقه، إلا أن الفقه يختلف فى تحديد مفوهمها، وإن كنا لانريد أن ندخل فى دوامة التعريفات التى قال بها الفقه، ونحددها بأنها مايراه القاضى متفقا والشعور العام بالرضا والراحة النفسية. فمما يرضى الشعور العام ويحقق، بالتالى، العدالة هو أن

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الإلتزام - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤٠٦ - ص ٨٤٠.
الدكتور عبد المجيد عبدالحكيم - الموجز - المرجع السابق - بند ٦٢٢ - ص ٣٣٦.
الدكتور حشمت أبوستيت - المرجع السابق - بند ٣٣٧ - ص ٣١٣.
الدكتور الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٦ - ص ٣٢٦، ٣٢٧.
الدكتور سليمان مرقس - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٥٨ - ص ٣٢٨.

(٢) يراجع نقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٢/٥ فى الطعن رقم ٩٩، ٣١٠ لسنة ٣٥ ق - سالف الإشارة، وفيه تذهب محكمة النقض إلى أن نطاق العقد يشمل، أيضا، مايعتبر من مستلزماته وفقا للعدالة. وفى نفس المعنى نقض مدنى بجلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ١٩٩٠/٥٤ ق سالف الإشارة.

يفرض القاضى، بالإضافة إلى الإلتزامات الأصلية للعقد، كل التزام يؤكد فائدة الإلتزامات الأصلية ويعين على تحقيق أهدافها(١)، كفرض التزام على الناقل بتوصيل المسافر، من محطة القيام إلى محطة الوصول، سليما معافى(٢)، وكفرض التزام على العامل بعدم إفشاء اسرار المصنع الذى يعمل به، حتى ولو لم يتضمن عقد العمل شرطا بذلك.

هذا ويلاحظ أن أغلب القواعد التى تمليها العدالة، والتى تتفق وطبيعة الإلتزام وتساعد فى تحديد نطاق العقد، قد نصت عليها القوانين الخاصة ببعض العقود، كما هو الشأن فى التزام رب العمل بتوفير ظروف العمل الملائمة للعمال(٣)، وكما هو الحال بالنسبة لإلتزام المؤمن بإخطار شركة التأمين بكل مايزيد من إحتمال الخطر المؤمن منه، ويشدد مسئولية الشركة المؤمن لديها(٤).

---

(١) الدكتور جميل الشرقاوى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٨١ - ص ٢٧٤.

(٢) الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٨ - ص ٣٠٨.
الدكتور لبيب شنب - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ٢٠ - ص ٢٥١.
الدكتور جميل الشرقاوى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٨١ - ص ٢٧٤.
الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد - المرجع السابق - بند ٢٥٨ ص ٢٢٩.
وقد أمكن التوصل إلى شرط السلامة هذا بتطبيق نص المادة ١٧٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى تفرض على الناقل إلتزاما بسلامة الأشياء المنقولة فى عقد نقل الأشياء، وقيل أن التزام السلامة هذا، واجب، من باب أولى، فى نقل الأشخاص.
الدكتور سعيد عبدالسلام - سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان - المرجع السابق - ص ٩٠.

(٣) فالمادة ١١٥ من قانون العمل المصرى رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ تنص على أنه على المنشأة توفير وسائل السلامة والصحة المهنية فى أماكن العمل بما يكفل الوقاية من مخاطر العمل وأضراره. الدكتور حمدى عبدالرحمن - قانون العمل - ١٩٩٣ - ص ٣١٤.
وتنص المادة ٢٣٠/٢ (ق) من قانون العمل الفرنسى على أن:
(1. Je CHEF d`etablissement prend les mesures necessaires pour assurer la securite et proteger la sante des travailleurs de l`etablissement...)

(٤) نصت على هذا الإلتزام المادتان ١٥، ٢٨ من مشرع الحكومة بشأن التقنين المدنى الجديد.
الدكتور نزيه المهدى - عقد التأمين - دار النهضة العربية - ١٩٧٤ - ص ٢٦٠.
وكذلك الدكتور محمد عبدالظاهر - الموجز فى عقد التأمين - طبعة ١٩٩٢ - ص ١٣٧.
وفى القانون الفرنسى نصت المادة ١١٢ - ٢ على هذا الإلتزام. فهى تقضى بأن:
(L`assure est oblige:
3 De declarer, en cours de contrat, les circonstances=

ويلاحظ بهذه المناسبة أن القاضى قد يتدخل باسم العدالة لفرض التزامات على أحد المتعاقدين، يصعب استخلاصها مما اتجهت إليه النية المشتركة لهما، كما هو الشأن فى ألتزام الناقل بتوصيل المسافر سليما معافى، فى عقد نقل الأشخاص(١)، وكما هو الشأن بالنسبة لإلتزام رب العمل بتوفير ظروف العمل الملائمة لعماله، قبل أن يتقرر هذا الإلتزام تشريعيا.

- تحديد نطاق العقد عن الفقهاء المسلمين:-

٣٠ - وعند الفقهاء المسلمين يستتبع تفسير العقد، بالضرورة، تحديد نطاقه، بتحديد الإلتزامات العقدية المتولدة عنه. وقالوا أن هذه الإلتزامات العقدية تحدد من خلال الشروط العقدية، وفقا لمقتضى العقد، كما تحدد من خلال العرف، أو من خلال ما تستلزمه طبيعة الإلتزام من متممات وملحقات، وذلك على التفصيل التالى:

أولا : الشروط العقدية وفقا لمقتضى العقد: ينشىء كل عقد مجموعة من الإلتزامات تتفق وطبيعته، يطلق عليها «مقتضى العقد»، يعتبر العاقد ملتزما بها، دون أن تشترط صراحة فيه، كإلتزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشترى بدفع الثمن، فى عقد البيع، وكإلتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة، والتزام المستأجر بدفع الأجرة، فى عقد الإيجار. وهذه الإلتزامات يدخلها القاضى، بالضرورة، فى نطاق العقد(٢).

ثانيا : العرف : من القواعد المسلمة فى الفقه الإسلامى أن «المعروف

= nouvelles qui ont paur consequence soit d`aggraver les risquers, soit d`en creer de nouveaux et rendent de ce fait inexactes ou caduques les reponses Faites a l`assureur, notement dans le formulaire mentionne au 2 Ci dessus.

L`assure doit, par lettre recommandee, declarer ces circonstances a l`assurer dans un delai de quinze jours a partir du moment ou il en a eu connaissance)

(١) الدكتور حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام - المرجع السابق - بند ٣٢٧ - ص ٣١٢.

الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٦٨ - ص ٣٠٨.

(٢) الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - الجزء الثالث - دار النهضة العربية - ص ١١٨.

عرفا كالمشروط شرطا»(١)، وإن «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»(٢)، وإن «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»(٣)، الأمر الذى يستلزم أن يدخل القاضى فى اعتباره، عند تحديد نطاق العقد، ماتعارف عليه الناس. فلما كان عرف الناس قد جرى على أن بائع المعدودات. كالليمون والبرتقال، يضيف إلى المبيع نسبة ١٠٪ وجب على القاضى الإعتداد بهذا العرف، لأنه، مالم يتعارض مع نص تشريعى، يكون فى حكم العبارة المنشئة للإلتزام من حيث قوة الزامه.

ثالثا: طبيعة الإلتزام: تقضى طبيعة الإلتزام بأن نلحق بالإلتزام، عند تحديد نطاق العقد، كل ماهو تابع له، بإعتبار أن التوابع من متممات أو ملحقات الإلتزام. ولذلك قرر الفقهاء المسلمون فى هذا الخصوص، مجموعة من القواعد الكلية التى تشكل معيارا لما تقتضيه طبيعة الإلتزام، منها:

١ - أن «التابع تابع»(٤). فإذا بيعت سيارة دخل فى البيع، تبعا، الإطار الإحتياطى وبعض العدد الصغيرة، وإذا بيع حيوان وفى بطنه جنين، دخل الجنين فى البيع، تبعا. وهكذا.

٢ - إن «من ملك شيئا ملك ماهو من ضروراته»(٥). فمن اشترى قفلا دخل مفتاحه، معه، فى الشراء، وإن لم يذكر. ومن اشترى أرضا محبوسة عن الطريق العام، دخل الطريق الموصل إليها فى الشراء. وهكذا.

٣ - إنه «إذا سقط الأصل سقط الفرع»(٦). فلو أبرأ الدائن المدين من الدين، سقط الرهن، إن كان الدين موثقا برهن. وهكذا.

---

(١) المادة ٤٣ من مجلة الأحكام العدلية.
(٢) المادة ٤٤ من مجلة الأحكام العدلية.
(٣) المادة ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية.
(٤) المادة ٤٧ من مجلة الأحكام العدلية.
(٥) المادة ٤٩ من مجلة الأحكام العدلية.
(٦) المادة ٥٠ من مجلة الإحكام العدلية.

٤ - وإنه «إذا بطل الشيء بطل مافى ضمنه»(١). فإذا بطل عقد البيع، المشروطة فيه هبة الثمن لشخص ثالث أجنبى عن العقد، بطلت الهبة، تبعا لبطلان العقد. وهكذا.

---

(١) المادة ٥٢ من مجلة الإحكام العدلية

المبحث الثالث

تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

٢٤ - يقوم القاضى بعمليتى تفسير العقد وتحديد نطاقه بغرض تنفيذه فى جميع ما اشتمل عليه، مادام قد نشأ صحيحا ملزما(١)، وهو الأمر الذى نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى بقولها: «العقد شريعة المتعاقدين»، كما نصت عليه المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى بقولها العقد «يقوم مقام القانون» بالنسبة لعاقديه.

ويعتبر مبدأ تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه من آثار مبدأ سلطان الإرادة(٢). وبمعنى أدق، هو الشق الثانى لمبدأ سلطان الإرادة(٣). فمادمت الإرادة المشتركة للمتعاقدين هى التى حددت ما اتفقا عليه، أى رسمت قانون العملية التعاقدية بالنسبة لهما، ومادام القانون قد اعترف لها بهذه المكنة، فإن من مقتضى ذلك، ونتيجة له، أن تلتزم هذه الإرادة بالقانون الذى شاركت فى وضعه، ووجب عليها إحترام بنوده وتنفيذ هذه البنود جميعا(٤).

ويلاحظ أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ قديم قدم المبدأ العام

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤١١ - ص ٨٤٤.
الدكتور حسين عامر - القوة الملزمة للعقد - الطبعة الأولى - بند ١١ - ص ١٥.
الدكتور لبيب شنب - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٢ - ص ٢٥١.
GERARD FARJAT, Droit Prive de l'Economie, 2, Op. Cit. P. 268.

(٢) الدكتور حشمت ابو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٤٠ - ص ٢١٥.
الدكتور الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٩ - ص ٢٣٠.

(٣) راجع سابقا، بند ١.

(٤) الدكتور أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٤٠ - ص ٢١٥.
الدكتور الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٨٩ - ص ٢٣٠.

الذى عنه يتفرع: مبدأ سلطان الإرادة. فقد صاغ «البيان» مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ووضعه الفقيه «دوما» فى قاعدة عامة(١). ثم انتقل، بعد ذلك، إلى القانون المدنى الفرنسى الذى ضمنه نص المادة ١١٣٤. ومن القانون الفرنسى انتقل إلى القوانين الحديثة التى كان مصدرها القانون المدنى الفرنسى.

وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين هذه «تمليها اعتبارات دينية وخلقية واقتصادية. فالاعتبار الدينى والخلقى هو وجوب الوفاء بالعهد، والإعتبار الإقتصادى هو استقرار المعاملات»(٢)، ذلك أن الديانات السماوية، جميعها، توجب على من قطع على نفسه عهدا والتزم بإلتزام ما، أن يفى بعهده ويؤدى ما التزم به. والأخلاق الحميدة تستلزم أن يكون الإنسان عند كلمته. وكذلك الحال بالنسبة للثقة فى التعامل، فإنها تتطلب ضرورة افتراض سلامة التصرفات(٣).

ويترتب على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أن يلتزم كل من المتعاقدين بتفنيذه فى جميع ما اشتمل عليه(٤)، أى أن يقوم المتعاقد بآداء مايقع على

---

(١) الدكتور حسين عامر – القوة الملزمة للعقد – المرجع السابق – بند ١٠ – ص ١٤.
(٢) الدكتور لبيب شنب – مصادر الإلتزام – المرجع السابق – بند ٢٠٣ – ص ٢٥١.
(3) MARTY et RAYNAUD, Droit Civil, sirey, t. 2, 1 er vol., les obligation, 1962, No, 221, P. 204.
وإن كان الأساس وراء كل ذلك هو الحيلة.
(٤) الدكتور الصدة – مصادر الإلتزام – المرجع السابق – بند ٢٨٩ – ص ٣٣٠.
الدكتور محمد لبيب شنب – مصادر الإلتزام – المرجع السابق – بند ٢٠٣ – ص ٢٥١.
الأستاذ حلمى بهجت بدوى – أصول الإلتزامات – الكتاب الأول: العقد – ط ١٩٤٣ – بند ١٨١ – ص ٢٧٣.
هنا، ويترتب على المبدأ، أيضا، ألا يجوز نقض العقد ولا تعديله، كقاعدة عامة، إلا بإتفاق الطرفين، كما لا يجوز، كقاعدة عامة، للقاضى أن يتدخل لينقص من التزامات أى من طرفى العقد، أو يزيد فيها، لأى اعتبار كان.
الدكتور السنهورى – الوسيط – الجزء الأول – المجلد الأول – المرجع السابق – بند ٤١٢ – ص ٨٤٥ ومابعدها.

عاتقه من التزامات، نصل إليها بعمليتى تفسير العقد وتحديد نطاقه، سواء، من هذه الإلتزامات، ما اشتمل عليه العقد، أو ماكان من مستلزمات ما اشتمل عليه، أو من ملحقاته أو توابعه. ففى عقد نقل الأشخاص، مثلا، يلتزم الناقل بتوصيل المتعاقد معه إلى حيث مكان الوصول المتفق عليه فى العقد، وهو التزام يشتمل عليه العقد، بالضرورة. ويلتزم، أيضا، بأن يوصل المسافر إلى ذلك المكان سليما معافى. وهذا الإلتزام الأخير لايتضمنه العقد ولكنه من مستلزماته. وفى المقابل، يلتزم المسافر بدفع الأجرة للناقل، وهو التزام يشتمل عليه العقد بالضرورة. ويلتزم، أيضا، بأن يكون دفع الأجرة بالعملة السارية وقت التعاقد، وفى بلد الناقل، وهو التزام قد لايتضمنه عقد النقل، ولكنه من مستلزماته. وكذلك، من يبيع سيارة مستعملة يلتزم، فى مواجهة المشترى، بأن يسلم الأوراق المتعلقة بها، من رخصتها ووثيقة التأمين عليها وخلافه(١)، إذ أن هذه الأوراق تعتبر من ملحقات السيارة المستعملة، وإن لم تكن من مستلزماتها.

وعلى الجانب الآخر، لايلتزم المتعاقد إلا بما يمكن إعتباره داخلا فى نطاق العقد على التحديد السابق، سواء أكان الإلتزام مشتملا عليه العقد فى بنوده، أو كان من مستلزمات أو ملحقات أو توابع ما اشتمل عليه. فلا يمكن، بناء على ذلك، إجبار المتعاقد على تنفيذ التزام لا يمكن أن يكون داخلا فى نطاق العقد. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن «العقد لاينشىء حقا ولا يولد التزاما لم يرد بشأنه نص فيه، والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما

- الأستاذ حلمى بهجت بدوى - العقد - المرجع السابق - بند ١٨٢ - ص ٢٧٣.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - بند ١٧٠ - ص ٢٠٩ ومابعدها.
الدكتور لبيب شنب - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٢ - ص ٢٥١
الدكتور حشمت أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٤١، ٢٤٢ - ص ٢١٥.
الدكتور حسين عامر - القوة الملزمة للعقد - المرجع السابق - بند ٩ - ص ١٤.
وقد اقتصرنا فى المتن على قاعدة وجوب تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه لأنها هى، فقط، التى تعنينا.

(١) الأستاذ حلمى بهجت بدوى - العقد - المرجع السابق - بند ٢٨٤ - ص ٤٠٠.

ورد فى العقد، دون نقص أو زيادة، إلا إذا كان من مستلزمات التنفيذ»(١).
وتتلخص وقائع القضية فى أن أحد التجار تعاقد، عن طريق الممارسة، مع إدارة الجيش على توريد ٣٠٧٠ طن عدس، طبقا للشروط والمواصفات التى تضمنها الإتفاق. وقدم خطاب ضمان من أحد البنوك، لصالح هيئة الإمدادات والتموين بمبلغ ٩٩٥٢ جنيه، وبدأ فى استيراد العدس من سوريا، ووصلت أول كمية وقدرها ٥٠٠ طن عدس، بقيت داخل الدائرة الجمركية، حتى تعرضت للتلف. وقد تحمل المتعهد بقيمة أرضية فى الدائرة الجمركية، طوال فترة بقاء العدس فى هذه الدائرة. أقام المتعهد دعوى بطلب وقف صرف خطاب الضمان من البنك لإدارة الجيش، وبأحقيته فى استرداده، وذلك بحجة أن إدارة الجيش لم تتحرك للإفراج عن الرسالة، ولم تقم بالحصول على موافقة إدارة النقد على تحويل قيمة الصفقة لأحد البنوك فى سوريا، وهى ملتزمة بذلك. ندبت محكمة أول درجة خبيرا للإطلاع على شروط الممارسة، وبيان ما إذا كانت إدارة الجيش ملتزمة بشىء من ذلك. انتهى الخبير، بعد قيامه بالمأمورية المكلف بها، إلى أن إدارة الجيش غير ملتزمة لا بالإفراج عن الرسالة من الجمارك، ولا بالحصول على موافقة إدارة النقد على تحويل قيمة الصفقة لأحد البنوك فى سوريا. وإستنادا إلى هذا التقرير، قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى، بحكم تأيد فى الإستئناف. طعن المتعاقد على قضاء المحكمة الإستئنافية بالنقض، مستندا - ضمن ما استند - إلى أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون، إذ كان يجب عليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وتحديد التزامات الطرفين طبقا لما تقتضيه طبيعة التعامل، وبما يتفق وحسن النية، وهو ماكان يوجب القول - من وجهة نظر الطاعن -

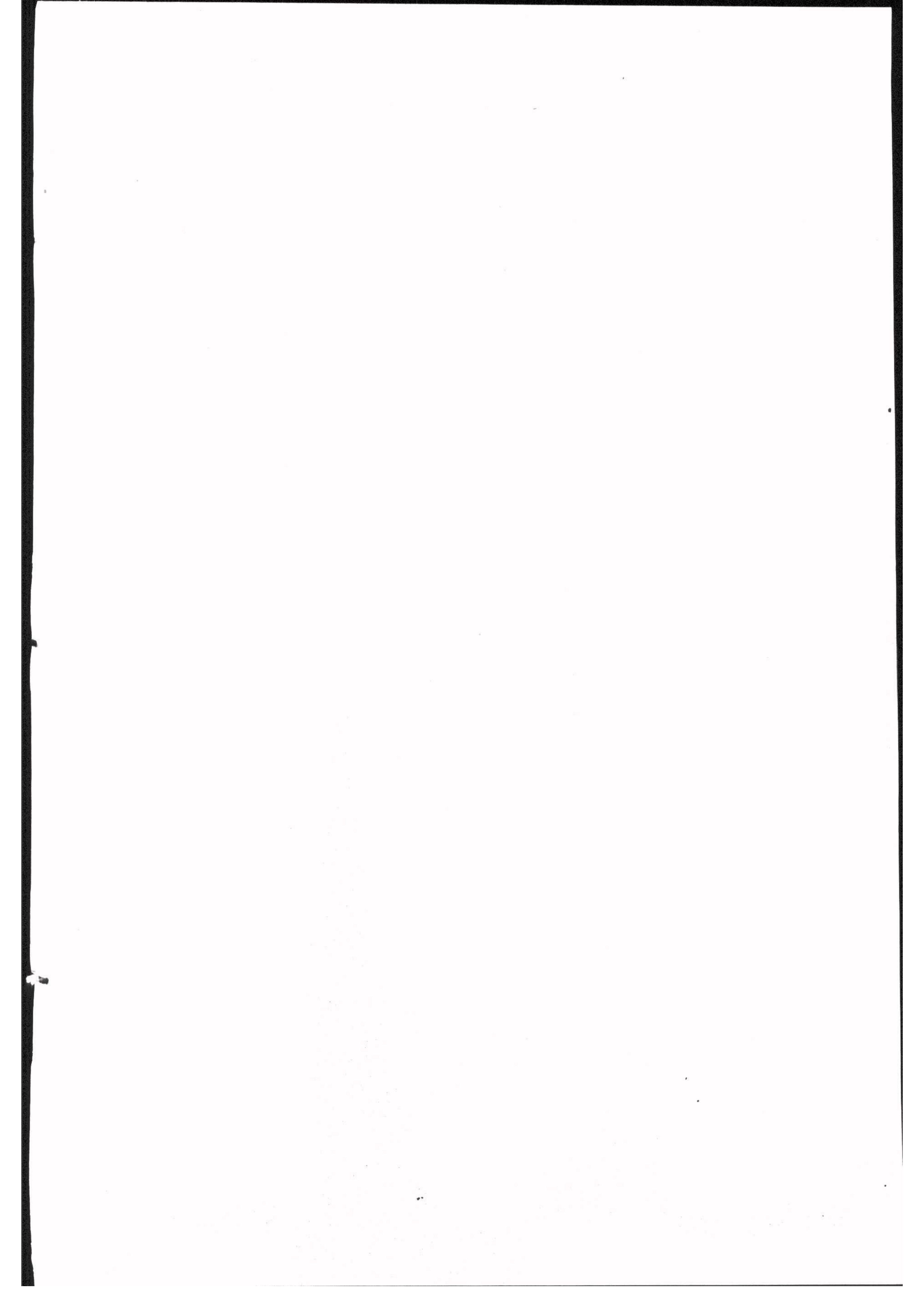
---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٥/١٦ فى الطعن قم ٨١١ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - س ٢٨ - ص ١٢١٤.
كما قضت بأن «من المقرر أنه حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلاسبب والذى من تطبيقاته رد غير المستحق، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر» نقض مدنى بجلسة ١٩٧٣/٤/٣ فى الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣٨ ق - م نقض م - س ٢٤ - ص ٥٥٩ - بند ٩٩.

بإلتزام إدارة الجيش بالقيام بعمل التسهيلات اللازمة لخروج السلعة من الدائرة الجمركية وسداد ثمنها، لأنها تستورد من الخارج. وقد رفضت محكمة النقض هذا النعى على أساس أن مقتضى نص المادة ١٤٧ والمادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى «أن العقد لا ينشىء ولا يولد التزاما لم يرد بشأنه نص فيه»(١).

---

(١) ومما يدخل فى موضوع تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه ضرورة تنفيذه بالصورة التى تراضى عليها طرفاه، حقيقة أو حكما، دون أى تعديل يجريه أحدهما. وفى ذلك تقول محكمة النقض أن «من الأصول المقررة وفقا لنص المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون. ومن ثم فلا يعتد بتعديل نصوص عقد يستقل أحد المتعاقدين باستحداثه بإرادته المنفردة» نقض مدنى بجلسة ١٩٨٩/٢/٩ فى الطعن رقم ٩٧٣ لسنة ٥٥ ق - مجلة القضاة الفصلية س ٢٥ - العدد الأول - ص ٤٤٣.



الفصل الثانى

حدود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

٢٥ - إنتهينا فى الفصل السابق إلى أن المتعاقد ملزم بتنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه من بنود، سواء ماتعلق منها بكم الإلتزامات ونوعها أو ماتعلق منها بكيفية الوفاء بها، جملة أم مجزأة، أو ماتعلق منها، أخيرا، بمكان الوفاء أو زمانه. فإن أخل المتعاقد الملتزم بأى من الإلتزامات الواقعة على عاتقه، سئل، عقديا، عن هذا الإخلال. وهذا هو مضمون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

لكن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هذا، لا يعمل به على إطلاقه: فالمصلحة الخاصة لا تتفق، على الدوام، مع المصلحة العامة، الأمر الذى اضطر، معه، المشرع إلى فرض بعض القواعد الآمرة، التى لا يجوز لأطراف التعاقد الخروج عليها، وذلك بغرض حماية المصلحة العليا للمجتمع من أنانية الذات، وهى القواعد المسماة بقواعد النظام العام، وتلحق بها، وتأخذ حكمها، قواعد الآداب التى تتمثل فى السلوك الحميد غير المستهجن بين أفراد المجتمع، فقواعد النظام العام والآداب تمثل، إذن، حدا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ حسن النية يلعب دورا كبيرا فى مجال العقود بصفة عامة، وفى مجال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بصفة خاصة، الأمر الذى يمكن أن يكون، معه، حدا ثانيا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وأخيرا، يثور التساؤل عن امكانية الحد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بواسطة أطراف الرابطة العقدية.

وعلى هذا النحو سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على التفصيل التالى:-

المبحث الأول : ويخصص لقيد النظام العام والآداب.

المبحث الثانى : ويخصص لقيد حسن النية.

المبحث الثالث : ويخصص لاتفاق الأطراف على الحد من المبدأ.

المبحث الأول

قيد النظام العام والآداب الحميدة

٢٦ - لئن كانت كل التشريعات المعاصرة أصبحت تعترف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين(١)، إلا أنها لاتطلق العنان لهذا المبدأ. بل هى تفرض من النصوص القانونية، التى يقصد بها حماية الصالح العام، مايمثل قيدا هاما على هذا المبدأ وهى نصوص آمرة، باعتبارها تحمى الصالح العام، ولايجوز للأطراف الخروج عليها(٢). ومن هنا يطلق عليها قواعد النظام العام. وتضاف إلى قواعد النظام العام، وتأخذ حكمها، قواعد الآداب الحميدة. فما المقصود بالنظام العام، وما المقصود بالآداب الحميدة، ومادور كل منهما فى الحد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؟

٢٧ : أولا : النظام العام(٣):

إن فكرة النظام العام من المرونة بمكان، لدرجة أن جرى معظم الشراح

---

(١) وخصوصا بعد انهيار النظام الشيوعى فى العالم الشرقى، وتبنى النظم الجديدة لسياسة حرية السوق.
الدكتور نزيه محمد الصادق المهدى - المدخل لدراسة القانون - الجزء الثانى - نظرية الحق - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ٥٦.

(٢) ولذلك تنص المادة ١٣٥ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».
وتنص المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى على أنه:
(On ne peut deroger, par des conventions particulieres, aux lois qui interessent l`ordre public et les bonnes moeurs).

(3) GERARD FARJAT: L`ordre public economique - these, L. G. D. J. 1963.
PHILIPPE MALAURIE, note sous. Cass. civ, 18 Mars 1955, D- 1956, J, P. 517.

على عدم إيراد تعريف لها(١)، فى حين اكتفى البعض الآخر بإيراد تطبيقات لها تعين على توضيحها، أو اقتصر على الإشارة إلى القوانين المتعلقة بالنظام العام(٢). لكن ذلك لم يمنع البعض من تعريفها بأنها الإطار السياسى والإقتصادى والإجتماعى، الذى لا يجوز المساس به بغرض حماية المصلحة العامة(٣).

والنظام العام كما يبدو من التعريف السالف، يقوم على المصلحة العامة كمعيار يحدد لنا ذلك الإطار الذى لا يمكن المساس به، كما يقوم على النسبية المرتبطة بالمصلحة العامة، هذه المصلحة التى تتغير من زمان إلى آخر، ومن مكان إلى غيره(٤).

ونتيجة للصالح العام والنسبية يتدخل المشرع، من آن إلى آخر، عن طريق مجموعة أوامر أو نواه، لحماية المصلحة العامة، عن طريق تحقيق بعض المصالح التى تحتاج إليها الجماعة، أو حتى التى يحتاج إليها فرد، متى

---

(1) Alex Weill et Francois terre, Droit civil. les obligations Op. Cit. P. 278 - o 241.

وهو يشير إلى أنها فكرة صعبة التحديد.

(2) EUGENE GAUDEMET: Theorie generale des obligations, Sirey, 1965 - P. 202.

(٣) قرب الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى - مصادر الإلتزام فى قانون التجارة الكويتى مقارنا بالفقه الإسلامى وأحكام المجلة - بند ١٢٤ - ص ٢٣٧.

فهو يعرف النظام العام بأنه «كل مايمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية فيها من مصالحها التى يلزم تحقيقها حتى تسير فى طريقها نحو العزة والمجد».

(٤) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - بند ٢٢٨ - ص ٥٢٧.

الدكتور الصده - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٩ - ص ٢٤٤.

الدكتور أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢١٢ - ص ٢٠٣.

الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - الموجز فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - بند ٢١٧ - ص ١٧٥.

ولذلك نصت المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية على أنه «لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان». ولهذا، غير الإمام الشافعى فتاويه، حينما ترك العراق وجاء إلى مصر، فنشأ مايسمى بالمذهب الشافعى الجديد بالمقابلة مع المذهب الشافعى القديم الذى كان عليه أيام أن كان بالعراق.

كانت هذه الأخيرة ضرورية للسلام الإجتماعى أو لتحقيق التقدم والرخاء للجماعة. وهذه النصوص التى تحقق المصلحة العامة، وبالتالى النظام العام، لا تقتصر عليها فكرة النظام العام، بل أن هناك مجموعة أخرى من القواعد تساهم فى تحقيق النظام العام وتسيطر على حياة الجماعة، ولو لم تشملها القواعد التشريعية السالفة[١]، لأن المشرع لا يستطيع الإلمام بها، لتطورها بتطور الأزمان، وإختلافها باختلاف المكان.

٢٨ - ثانيا : الآداب الحميدة :

إذا كان تعريف النظام العام قد لاقى من الصعوبات ماجعل كل التعريفات التى قدمت له تبوء بالفشل، فإن محاولات تعريف الآداب الحميدة لم تكن بأحسن حال من محاولات تعريف النظام العام، إذ يجمع بين الفكرتين التطور الزمنى والإختلاف المكانى، مما يؤدى إلى صعوبة الوصول إلى تعريف حاسم لأى منهما. بل أن «الفقهاء أشد حيرة فى تحديد قواعد حسن الآداب منهم فى تحديد قواعد النظام العام»[٢]. لذلك فإننا نعرف الآداب الحميدة تعريفا تقريبيا، بأنها تلك القواعد التى فرضتها الضرورة الإجتماعية وأحس المجموع

---

(١) الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٠٦ - ص ١٧٧.
الأستاذ حلمى بهجب بدوى - العقد - المرجع السابق - بند ٩٧ - ص ١٥٣.

(٢) الأستاذ حلمى بهجت بدوى - العقد - المرجع السابق - بند ٩٧ - ص ١٥٤.
ويراجع فى صعوبة تعريف الآداب الحميدة :-
Jacques GHESTIN: Traite de Droit Civil, II, les obligations, le contrat, L.G.D.J., 1980, No 112, P. 79.
وفى اعتبار الآداب الحميدة جزءا من النظام العام ولكنه يخص العلاقات الجنسية، يراجع:
GERARD FARJAT: Theorie des obligations Op.Cit. P. 304.
aussi J. GHESTIN: Le contrat - Op. Cit. No 111. P. 78.
أو أنها تضيف إلى العلاقات الجنسية ما يمس احترام شخصية الإنسان:
ALFRD RIEG, Le role de la volonte dans l`acte Juridique en droit civil Francais et Allemand, these, Paris, L.G.D.J., 1961, No. 423, P. 423.

بلزومها لحياتهم فى جماعة، بحيث أصبحت ناموسا طبيعيا لحياتهم، فأصبحوا ملزمين بها، ماقتين لكل من يخالفها(١).

ولما كانت الآداب الحميدة تمثل الحالة الخلقية السائدة فى بيئة معينة، وفى عصر محدد، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن للدين أثرا كبيرا فى توسيع دائرة الآداب الحميدة(٢)، ففى المجتمعات البدائية، قبل نزول الشرائع السماوية، كانت دائرة الآداب ضيقة إلى أبعد الحدود، لدرجة أنه كان يجوز الزواج من الأخوات، ومن البنات، وكان يجوز نهب القوافل المارة بالتجارة وسبى النساء. أما بعد نزول الشرائع السماوية فقد إزدادت دائرة الآداب الحميدة إتساعا، ومقت الناس كل ما لا يتفق والأخلاق التى اكتسبوها من الدين، مثل الشهامة فى مقابلة الأغراب التى جعلتهم ينفرون من نهب القوافل المارة وسبى النساء، ومثل تقديس الرابطة الأسرية التى حرمت الزواج من الأخت والبنت. وفى المقابل، وفى البلدان التى تبتعد عن الدين، كما هو الشأن فى البلدان الشيوعية، وقت أن كانت الشيوعية تتحكم فى رقاب بلدان نصف الكرة الأرضية الشرقية، كنا نجد أن دائرة الآداب الحميدة تضيق، لأن الكثير من السلوكيات المنبوذة ينظر إليها على أنها مباحة(٣). بل إن البلدان التى إتجهت

---

(١) يراجع تعريف الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٢٢٨ - ص ٥٢٥ ومابعدها، إذ يعرفها بأنها «مجموعة قواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبى يسود علاقاتهم الإجتماعية».
فى حين يعرفها الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢٠ - ص ١٧٧ بأنها «القواعد التى جرى المجتمع على اتباعها وتواضع عليها الناس وأصبحت جزءا من عادات المجتمع وتقاليده بحيث أصبح الأفراد يرون أنفسهم ملزمين باتباعها».

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - م ١ - المرجع السابق - بند ٢٢٨ - ص ٥٣٦.
الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢١ - ص ١٧٨.

(٣) الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢١ - ص ١٧٨.

نحو العلمانية، تضيق فيها دائرة الآداب الحميدة تدريجيا، كما هو الشأن فى فرنسا التى كانت تعاليم الديانة المسيحية تمثل فيها، حتى عهد قريب، أمرا مرعيا عند تحديد نطاق الآداب الحميدة، ثم أصبحت التعاليم الدينية فيها أقل تأثيرا، فى تحديد ذلك النطاق، الأمر الذى يضيق، معه ، نطاق الآداب الحميدة (١).

كذلك تتأثر الآداب الحميدة بالتحضر، أحيانا، تأثرا سلبيا. فالحضارة المعاصرة أدت إلى ظهور النساء عاريات فى الحمامات العامة، ومتبرجات فى الشوارع، بل وأباحت، فى بعض البلدان الأوربية، العلاقات الجنسية غير المشروعة دينيا(٢)، كما أنها أدت إلى انشغال الناس بمادياتها وإلى إغفالهم للكثير من المثاليات، وهو مايؤكد أن معيار الناموس الأدبى يتأثر بعوامل متعددة، أحدها هو عامل الدين.

٢٩ - النظام العام والآداب وجهان لعملة واحدة :

سبق لنا تعريف النظام العام بأنه الإطار السياسى والإقتصادى والإجتماعى الذى لا يجوز المساس به، وذلك بغية حماية المصلحة العامة، ورأينا أن المشرع يحدد، فى بعض النصوص التشريعية(٣)، مايعتبر ماسا بالإطار سالف الذكر، وهى النصوص التى يطلق عليها قواعد النظام العام. كما

---

(1) J. GHESTIN, Le contrat, Op. Cit. No 112, P. 80.

(٢) الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢٢ - ص ١٧٩.

(٣) اضافة إلى مايكون قد وضعه من نصوص عامة كالشأن فى نص المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى.

رأينا أن فكرة النظام العام لا تكفى لتحديد نطاقها النصوص، بل هى فكرة أوسع، إذ تشمل، بالإضافة إلى ذلك، مجموعة قواعد أخرى تساهم فى تحديد الإطار سالف الذكر. ولو لم تتضمنها نصوص تشريعية. وهذه القواعد الأخيرة تشمل، فى جانب، مايتعلق بالناحية السياسية والإقتصادية للإطار السابق، كما تشمل، فى جانب آخر، مايتعلق بالجانب الإجتماعى والأخلاقى لذلك الإطار.

لذلك، يمكن القول بأن السياج الذى يحمى المصلحة العامة، والذى لا يجوز للأفراد المساس به يتضمن، بالإضافة إلى جانبه السياسى والإقتصادى، جانبا آخرا - إجتماعيا أخلاقيا - وهذا الجانب الثانى هو مايطلق عليه حسن الآداب، أو الآداب الحميدة(١). لذلك، تجدنا عندما عرفنا الآداب الحميدة قلنا أنها تلك القواعد التى فرضتها الضرورة الإجتماعية، مع الشعور بملزومية اتباعها وعدم الخروج على أحكامها. ومما تقدم، يمكن القول بأن النظام العام والآداب الحميدة يمثلان وجهين لعملة واحدة، وإن جرى العمل على التمييز بينهما، فهو اتباع للعرف(٢). ويمكن استعمال أحد التعبيرين على أنه مرادف للآخر(٣).

---

(١) الدكتور الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٩ - ص ٢٤٤.
الدكتور أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢١٢ - ص ٢٠٣.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٠٦ - ص ١٧٨.
الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - مصادر الإلتزام - المرحع السابق - بند ٣٢٢ - ص ١٧٩.

J. GHESTIN: Le contrat, Op. Cit., P. 74 et Suiv ...
No 106 et suiv.
GERARD FARJAT, Theoire des obligations, Op. Cit.
P. 304 et suiv.

(٢) الدكتور حشمت أبو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢١٢ - ص ٢٠٣.

(٣) ففكرة النظام العام أو الآداب الحميدة تماثل مايدعى فى الفقه الإسلامى «بحق الله» أو «حق الشرع»، وهو مايتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لشمول نفعه وعظم شأنه.
الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - الجزء الثالث - المرجع السابق - ص ١٠٨ ومابعدها.

٣٠ - أثر المذهب الإجتماعى السائد فى تحديد نطاق النظام العام والآداب:

لما كان المذهب الفردى يقدس حرية الفرد، ويجعله الهدف الأول لكل إصلاح، حتى ينشأ المجتمع المثالى الذى تعم فيه السعادة والرفاهية، فإنه ينادى بالحرية التعاقدية، ويمنع تدخل المشرع لرعاية أحد طرفى الرابطة العقدية. فما على الدولة إلا حماية الحرية الفردية، وعلى المشرع أن يصون هذه الحرية، فتنشأ، بالتالى، سعادة الفرد والمجتمع، لأن هذا الأخير لايعدو أن يكون، فى نظر أنصار المذهب الفردى، حاصل جمع الأفراد الذين يتكون منهم.

أما المذهب الإشتراكى، الذى مازال له أنصار ينادون به، رغم أفول نجم الشيوعية، فإنه يرى أن الحرية الفردية حرية وهمية وان المساواة الإجتماعية بين أفراد المجتمع مستحيلة التحقق، لإختلاف الأفراد فى قدراتهم ومواهبهم، وهو مايوجب تدخل الدولة لحماية الضعفاء فى مواجهة الأقوياء، عن طريق القوانين المنظمة للحرية التعاقدية، بإيراد القيود التى تتفق والمصلحة العامة، حتى ولو كانت تقف حجر عثرة فى طريق المصلحة الخاصة. إذ أن المجتمع، طبقا لفكر أنصار هذا المذهب، ليس جمعا من الناس كل محتفظ بذاته، بل هو وحدة متضامنة ومتجانسة، يجب أن تذوب فيه شخصية الفرد، لتظهر شخصية كائن إجتماعى آخلا مستقل بذاته[١]، هى شخصية الجماعة أو المجتمع.

ومن هنا، متى تغلب المذهب الفردى على مجتمع من المجتمعات، وهو الغالب فى وقتنا الراهن، ضاق نطاق النظام العام والآداب، لأن كلا منهما يمثل قيدا على الحرية التعاقدية التى يقوم عليها المذهب الفردى. ولكن إن تغلب المذهب الإشتراكى على مجتمع من المجتمعات، وهى قلة فى وقتنا الراهن بعد أن اسدل الستار على عصر الشيوعية، فإن الدولة تتدخل عن طريق القوانين

---

(١) الدكتور صوفى حسن أبو طالب - مبادىء تاريخ القانون - المرجع السابق - ص ٢٨٢ ومابعدها.

لتنظيم العلاقات الإجتماعية ولتحقيق المساواة الفعلية بين الأفراد، الأمر الذى يؤدى إلى اتساع دائرة النظام العام والآداب(١)، وهو ماشهدته الفترة الماضية التى إزداد فيها دور الدولة، وتدخلت بقوانين تمس النظام العام والآداب الحميدة، مثل قوانين تنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، وقوانين العمل، وقوانين التسعير، والقوانين التى صدرت أخيرا فى البلدان الأوربية منظمة لدور الدعارة، والتى حدت من انتهاك الآداب الحميدة.

٣١ - دور كل من النظام العام والآداب الحميدة فى تقييد مبدأ سلطان الإرادة:

عرف مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالى، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، منذ نشأة المذهب الفردى. وتوسع ذلك المبدأ كلما نما هذا المذهب.

لكن يلاحظ أن مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين صاحبهما، منذ البداية، قيد هام، هو قيد النظام العام والآداب(٢). فإذا سلم بأن للفرد أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، وإذا سلم له، فى الحالة الأولى، بأن يحدد مضمون الإلتزامات المتولدة عن التعاقد، والتى يلتزم بتنفيذها، إلا أنه فى كل الأحوال، يجب أن لا يخالف قواعد النظام العام والآداب(٢)، فالمشرع جعل من النظام العام والآداب الحميدة حدا هاما لمبدأ سلطان الإرادة سواء فى إبرام العقد (مبدأ الرضائية) أو فى تعيين آثاره (مبدأ العقد شريعة المتعاقدين)، فنراه، مثلا، قد وسع من نطاق الغبن وحوره من نظرية مادية إلى نظرية

---

(١) الدكتور الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٩ - ص ٢٤٤.
الدكتور حشمت ابو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢١٢ - ص ٢٠٥.
الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ٢١٨، ٢١٩ - ص ١٧٥ ومابعدها.
الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد - المرجع السابق - بند ١٥٣ - ص ١٩٣.
(٢) الدكتور جمال زكى - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ١٦ - ص ٢٧.
(٢) الدكتور عبد الحى حجازى - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٥٥ - بند ٤٩ - ص ٤٢.

ذاتية مرنة(١)، كما أنه قد راعى، فى بعض العقود، من الشكليات ما يحقق حماية النظام العام والآداب.

وتأسيسا على فكرة النظام العام قضت محكمة النقض بأن المشرع حرم «بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره ٧٪ ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة والزمه برد ماقبضه منها - مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الإستغلال" كما قضت بأن «صفة الحساب الجارى تزول عنه باقفاله ويصبح الرصيد دينا عاديا مما لايجوز معه وفقا للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة ولو اتفق على ذلك الطرفان لأن تحريم الفوائد المركبة من النظام العام مما لايصح معه الإتفاق على مخالفتها»(٢).

خلاصة القول: أن قواعد النظام العام والآداب تمثل قيدا هاما على مبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة، وعلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على وجه الخصوص، قيدا يحد من سلبيات المغالاة فى هذا المبدأ. فقواعد النظام العام والآداب الحميدة، بما تستند إليه من معيار مرن ومن نسبية فى تحديدها(٢)،

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - ص ١٠٤.

(٢) على التوالى نقض مدنى بجلسة ١٩٨٣/٦/٢٧ فى الطعن رقم رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق وبجلسة ١٩٨٣/١٢/١٢ فى الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٨ ق - م نقض م - س ٣٤ - الجزء الثانى - ص ١٤٨٠، ١٧٨٥. وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/١٢/٢٤ فى الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٠ ق - م نقض م - س ٣٥ - ص ٢١٩٠ ونقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٤/١١ فى الطعنين رقمى ١٣٤٩، ١٣٦٢ لسنة ٥٢ ق م . نقض . م س ٣٥ ص ٩٨٠ ونقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/٢/٢٧ فى الطعن رقم ١٢٦٠ لسنة ٤٩ ق - م نقض م - س ٣٦ - جـ ١ - ص ٥٢٢ - ق ١٠٩ ونقض مدنى بجلسة ١٩٨٧/١٢/٦ فى الطعن رقم ٥١ لسنة ٥١ ق - م نقض م - س ٣٨ - جـ ٢ - ص ١٠٥٨ف ٢٢٣-

(٢) فكما يقول الدكتور السنهورى «أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور، هما:

أولا: فكرة «المعيار»، فمعيار النظام العام هو «المصلحة العامة التى تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، ومعيار الآداب هو الناموس الأدبى، وهما معياران موضوعيان لاذاتيان.

ثانيا: فكرة «النسبية»، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة وفى جيل معين».

مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - جـ ٢ - المرجع السابق - ص ٩١، ٩٢.

تغطى للقاضى، الذى تقع على عاتقه سلطة تحقيق الملاءمة بين القواعد القانونية والتطورات التى تصيب المجتمع، سلطة كبيرة بصدد العقود، سلطة تمثل مدخلا ضروريا وهاما تدخل منه العوامل الإقتصادية والإجتماعية لتؤثر فى القانون وروابطه وتجعله يتمشى مع التطورات التى تلازم العصر الذى يعيش فيه(١)

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - بند ٢٢٨ - ص ٥٢٦ ومابعدها.
الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٢٢ - ص ١٧٨.
الدكتور ابو ستيت - نظرية الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢١٢ - ص ٢٠٣.
الدكتور الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٠٩ ص ٢٤٤.

المبحث الثانى

قيد حسن النية

٣٢ - أن فكرة حسن النية تمتد بجذورها إلى القانون الرومانى، الذى كان يميز بين عقود حرفية التنفيذ وعقود، رائدها فى التنفيذ، حسن النية[1]، يجب على القاضى عندما تعرض عليه منازعة بصددها أن يأخذ فى اعتباره، عند الفصل فيها، كل الظروف التى تحيط بالوضع القانونى، فى حين أنه، فى الأولى، لا يبحث إلا عما إذا كان الشكل قد روعى، فيرتب على مراعاته جميع الآثار القانونية، أم أنه لم يراع.

وبإختفاء الشكلية، فى القوانين الحديثة، اختفت العقود حرفية التنفيذ. وسيطرت فكرة حسن النية على تنفيذ جميع العقود. فنجد القانون المدنى الفرنسى ينص فى المادة ٣/١١٣٤ على أن العقود «يجب أن تنفذ بحسن نية»، ونجد القانون المدنى المصرى ينص فى المادة ١/١٤٨ على أنه «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية»، ونجد الفصل ٢٣١ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، والمادة ٢٤٨ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى ينصان على أن «كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية».

لكن إذا كانت التشريعات سالفة الذكر قد نصت على ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية، إلا أنها لم توضح المقصود بحسن النية. فماذا يقصد بحسن النية؟

---

(1) ANDRE BRETON, Des effets civils de la bonne foi, Revue Crtique de legislation et de jurisprudence, 1926, P.87.
GERARD LYON – CAEN, De l`evolution de la notion de bonne Foi, R.T.D.C., 1946, P. 76, No. 2.
الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - بند ٤١٣ - ص ٨٤٨.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - ص ٢١٠ - بند ١٧٠.

٣٣ - صعوبة تحديد المقصود بحسن النية :

واجه الفقه صعوبة عندما تطرق لتحديد المقصود بفكرة حسن النية، لدرجة أن البعض من الفقهاء استعان بالمعاجم اللغوية علها تعينه على تحديد المقصود بحسن النية(١)، وعلى تحليل الفكرة، من الناحية القانونية، إلى عنصرين. هما، اعتقاد فى مركز قانونى، وأن يقوم هذا الإعتقاد على تصور خاطىء(٢)، فى حين ذهب جانب ثان(٣) من الفقهاء إلى تحليل فكرة حسن النية، ليتجنبوا أيضا تعريفها، إلى معنيين: انتفاء النية السيئة(٤)، وانتفاء الخطأ العقدى(٥). وذهب جانب ثالث من الشراح إلى أن حسن النية قد يفهم بمعنى الإعتقاد الخاطىء، وذلك عندما يتعلق الأمر بالمطالبة بحق، وقد يفهم بمعنى الإعتقاد السليم الملازم وذلك عند ماتحدد نتيجة إدارة، وقد يفهم أخيرا بمعنى الصدق والإخلاص، ويكون ذلك عندما يتعلق الأمر بتنفيذ الإلتزامات(٦)، وهو ما يعنينا هنا دون المعنيين الأولين، لأن ما يتعلق باسترداد مادفع خطأ، وما يتعلق بالحيازة بحسن نية يخرج عن إطار بحثنا هنا.

---

(1) Andre. BRETON: Des effets civils de la bonne Foi, Op Cit. P. 88.

(2) Andre BRETPN: Des effets civils de la bonne Foi - Op Cit. P. 91.

(3) GERARD LYON - CAEN: De l`evolution de la notion de bonne Foi, Precite, P. 112, No 45.

(٤) ولذلك تنص المادة ٩٦٩ من القانون المدنى المصرى على أنه إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترفة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات، كما تنص المادة ٥٥٠ من القانون المدنى الفرنسى على أن يكون الحائز حسن النية عندما يحوز كمالك بمقتضى سند ناقل للملكية يجهل أنه معيب.

(٥) وهو المقصود بحسن النية فى مفهوم المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى والمادة ٢/١١٣٤ من القانون الفرنسى.

(6) EMMANUEL KORNPROBST: La notion de bonne Foi application au droit fiscal francais, these, L.G.D.J. 1980, P. 29 No 51.

بل إن صعوبة تحديد المقصود بفكرة حسن النية جعلت جانبا رابعا من الفقهاء. وهو بصدد دراستها، يتوه عن الطريق ويبحث فى موضوع آخر يختلف تماما عنها، وهو موضوع الخطأ، ويدرسه دراسة مفصلة على أساس أنه بذلك يدرس موضوع حسن النية من الجانب السلبى، فيذهب إلى «أن حسن النية فى التكييف النهائى ان هو إلا إنعدام العنصر المعنوى للخطأ سواء توافر العنصر الموضوعى من الخطأ أم لم يتوافر، وذلك ان إنعدام العنصر المعنوى وحده كفيل بنفى الخطأ، لأن الخطأ لا يقوم إلا بعنصرين: معنوى وموضوعى (مادى)»(١).

لكن صعوبة تحديد المقصود بفكرة حسن النية لم تمنع جانبا آخر من الفقهاء من تعريفها، بدون خوض فى مشاكل لغوية أو إصطلاحية أو تفريدية، بأنها توجه القلب المسلم إلى الخير(٢)، بأن يساهم ما وسعه الأمر فى تنفيذ العقد(٣).

٣٤ - تمييز حسن النية عن الخطأ وعن التعسف فى إستعمال الحق:-

والحق أن هناك أفكارا ثلاث يجب عدم الخلط بينها. وهى فكرة حسن النية، وفكرة التعسف فى استعمال الحق، وفكرة الخطأ. فإذا كان الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، فإنه لايختلط بفكرة حسن النية ولايوجد، من ثم، مقتضى لدراسة إحدى الفكرتين فى نطاق الأخرى، وإلا كان ذلك سببا فى غموض الأفكار القانونية، على خلاف مايقتضى المنهج القانونى

---

(١) عبدالجبار ناجى الملا صالح - مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود - رسالة ماجستير - مطبعة اليرموك - الطبعة الأولى - ص ٢٢٤.

(٢) الدكتور وهبه الزحيلى - النية والباعث فى فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية (تصدرها جامعة الكويت - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية) - س ٢ - ع ٣ - ص ١٠٤.

(٣) يذهب البعض إلى أن هناك ثلاثة أنماط لحسن النية، هى حسن النية الشخصى، وهو يعنى الجهل المبرر، وحسن النية الموضوعى، ويعنى مراعاة مقتضيات أخلاقية ثابتة ومبادىء دينية تؤمن بها الجماعة، وأخيرا، حسن النية القانونى، وهو يعنى مراعاة الفرضيات التى يتطلبها القانون عند التعامل. السيد بدوى - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - ١٩٨٩ - ص ٧٢ ومابعدها. ولكننا نرى أن هذه الأفكار الثلاث تحتويها فكرة الصدق فى القول والإخلاص فى العمل.

الحديث من تحليل للأفكار القانونية. ثم ان الخطأ يحكم الحدود الموضوعية للحق دون حدوده الغائية التى تحكمهافكرة حسن النية، فالمميز بين الخطأ وبين حسن النية هو أن الخطأ يحكم حدود اللحق وحسن النية تحكم حدودا أخرى له.

وإذا كان يسيرا تمييز الخطأ عن فكرة حسن النية، إلا أن الأمر يدق عند تمييز فكرة حسن النية عن فكرة التعسف فى استعمال الحق(١). والسبب فى ذلك هو أن الفقه درج على اعتبار انتفاء النية السيئة نوعا من نوعى حسن النية التى يرون أنها تشمل، بالإضافة إلى انتفاء النية السيئة، الصدق والإخلاص.

والحق أن سوء النية هو أحد صور التعسف فى استعمال الحق على النحو الذى نصت عليه المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى حينما قضت بأن «يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ...»، وبالتالى يجب ترك فكرة سوء النية فى مكانها، ودراسة فكرة حسن النية على أنها فكرة مرادفة لمبدأ الصدق والإخلاص، ليس إلا.

من كل ماتقدم، يمكننا القول أن حسن النية فكرة لايمكن تقسيمها إلا إلى صدق فى القول وإخلاص فى العمل. ومن تحقق فيه هذان الوصفان كان حسن النية فى مفهوم تطبيق المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى والمادة ٣/١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، والفصل ٢٣١ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، والمادة ٢٤٨ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى. كما يمكننا القول أن انتفاء سوء النية لايعد صورة من صور مبدأ حسن النية،

---

(١) يرى الدكتور حسين عامر، ان فقرات المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى الثلاث تقوم على أساس من حسن النية، رغم أن هذه المادة لم تشر إلى ذلك صراحة - راجع التعسف فى استعمال الحق - بند ١٤٨ - ص ١٩٢.

وإنما يعد صورة من صور التعسف فى استعمال الحق، وهو الأمر الذى جرى عليه القانون الألمانى حينما ميز بين الإعتقاد الخاطىء وبين الصدق والإخلاص، وجعل لكل منهما مادة مستقلة(١).

٣٥ - وإذا انتقلنا إلى الفقه الإسلامى نجد أن مبدأ الصدق والإخلاص من المبادىء التى تحكم العلاقات فى التعامل فى الشريعة الإسلامية. ففى خصوص تنفيذ العقد يقول سبحانه وتعالى فى كتابه المجيد، بعد أن أمر بأداء «الأمانات إلى أهلها(٢)»: «ولاتنسوا الفضل بينكم»(٣). ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «خيركم أحسنكم قضاء». ويقول صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل: «أوصيك بتقوى الله وصدق الحديث ووفاء العهد وآداء الأمانة وترك الخيانة». وهى كلها نصوص قاطعة الدلالة على أن الصدق والإخلاص من المبادىء الرئيسية فى تنفيذ العقود فى الفقه الإسلامى.

٣٦ - دور فكرة حسن النية فى تقييد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين(٤):

قامت فكرة حسن النية بدور مماثل لدور النظام العام والآداب الحميدة

---

(1) E. KORNPROBST: La notion de bonne Foi application au droit fiscal Francais, these, Op. Cit. P. 4.

(٢) سورة النساء، من الآية ٥٨.

(٣) سورة البقرة، من الآية ٢٣٧.

(٤) سنقصر كلامنا هنا على أثر فكرة حسن النية فى الحد من إطلاق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، دون أن نتطرق للآثار الأخرى للفكرة، والتى يمكن، للإلمام بها، الرجوع إلى:

ANDRE BRETON: des effets civils de la bonne foi - Precite . P. 86.

GERARD LYON- CAEN; De l`evelution de la nation de bonne foi - precite, P. 75.

EMMANUEL KORNPROBST: la notion de bonne foi application au droit fiscal Francais, these, Op. Cit.

عبدالجبار ناجى الملا صالح - مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود الرسالة سالفة الذكر.

السيد بدوى - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية - الرسالة سالفة الذكر.

فى الحد من إطلاق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فحسن النية يفرض على المتعاقد بعض الإلتزامات التى يمثل تنفيذها حدا من قسوة التنفيذ المطلق للإلتزامات الناشئة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

فاستنادا إلى مبدأ حسن النية يلتزم الدائن بألا يجبر المدين على وسيلة تنفيذ ترهقه وتزيد من العبء الناشىء عن تنفيذ التزامه التعاقدى(١). فأمين النقل المتعهد بنقل البضاعة يجب عليه أن ينقلها من أقرب طريق ليكون النقل أقل تكلفة على صاحب البضاعة المدين بالإجرة(٢). كذلك الأمر فيما يتعلق بمقاول تركيب الأسلاك الكهربائية، إذ يلتزم بأن يقوم بالتركيب من أقصر طريق حتى لايكلف صاحب العمل نفقات أكثر من اللازم(٣).

وينشأ عن حسن النية، وكتقييد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، التزام على الدائن بقبول منح المدين نظرة الميسرة طبقا لنص المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى(٤)، والمادتين ١١٨٤ و ١٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى(٥) حتى تتحسن أحواله المالية ويمكنه الوفاء بإلتزاماته الناشئة عن العقد والتى يجب عليه أن يقوم بتنفيذها فى المواعيد المتفق عليها طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

---

(1) GERARD LYON-CAEN: De L`evolution de la notion de bonne foi - precite - No 9. P. 83.
EMMANUEL KORNPROBST : La notion de bonne foi application au droit fiscal Francais - these Op. Cit. P. 29. No 51.

(2) Cass. Civ. 28 Novembre 1905, D. 1909, I, P. 193.

(٣) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤١٢ - ص ٨٤٩.
Cass. Reg. 19 Janvier 1925, D.H. 1925, P. 77.

(٤) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المجلد الأول - نفس الموضع.

(5) GERARD LYON- CAEN: De l`evolution de la notion de bonne Foi, precite - P. 83.

وينشأ عن فكرة حسن النية فى بعض العقود التزام بالتعاون فى تنفيذ الإلتزام(١). كالتزام عميل حائك الملابس بإجراء البروفات التى يطلبها الحائك(٢). ومن تطبيقات فكرة التعاون، التزام كل متعاقد بأن يخطر المتعاقد الآخر بما يجد من ظروف يمكن أن تؤثر فى تنفيذ العقد. كإلتزام المؤمن بإخطار شركة التأمين بالأخطار الجديدة التى يمكن أن تحدث، نتيجة لها، زيادة فى التزام الشركة بتغطية هذا الخطر(٣). وكإلتزام شركات صيانة المصاعد الكهربائية بإخطار الملاك بكل مايجد ويمكن أن يؤثر فى سلامة المصعد، وكإلتزام مستأجر العين بتمكين المالك من إجراء الترميمات الضرورية التى يلتزم المالك بإجرائها، قانونا أو إتفاقا(٤).

---

(١) الأستاذ حلمى بهجت بدوى - أصول الإلتزامات - الكتاب الأول - العقد - المرجع السابق - ص ٣٩١ ومابعدها - بند ٢٧٦.

GERARD LYON - CAEN: De l`evalution de la notion de bonne foi - precite - No 9 - P. 83.

الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤١٣ - ص ٨٤٩.

الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٧١ - ص ٣١١.

عبدالجبار ناجى الملا صالح - مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود - الرسالة سالفة الذكر - ص ١٧٢ ومابعدها.

(٢) عبدالجبار ناجى الملا صالح - مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود - الرسالة - سالفة الذكر - ص ١٧٤.

(٣) وتطبيقا لمبدأ حسن النية، قضت محكمة النقض بأنه يجب تنفيذ الإلتزامات التعاقدية «بما يوجبه حسن النية. ومؤدى ذلك أن طبيعة الإلتزامات الناشئة عن عقد التأمين الإجبارى من المسئولية تستلزم من المؤمن له أن يبذل مافى وسعه لدفع الضرر محل التأمين والتخفيف منه إذا وقع - وهو مايقتضى الإلتزام بدفع دعوى المضرور بما يوجبه حسن النية من عناية وعدم التفريط أو الإهمال فى دفعها» نقض مدنى بجلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٥٤ ق - سالف الإشارة.

(٤) يراجع فى فكرة التعاون والإلتزامات الناشئة عنها، الأستاذ حلمى بهجت بدوى - العقد - المرجع السابق - ص ٣٩١ ومابعدها - بند ٢٧٦ ومابعده.

كذلك، عبدالجبار ناجى الملا صالح - مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود - رسالة سالفة الذكر - ص ١٧٢ ومابعدها.

YVES PICOD, L`obligation de cooperation dans l`execution du contrat, La semaine Juridique, 62o annee (1988), I, No. 3318.

=

خلاصة القول: أن حسن النية، مفهوم بمعنى الصدق والإخلاص، يمثل قيدا يحد من النتائج الصارمة، أحيانا، لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، قيدا يحد من غلواء هذا المبدأ ويجعل، بالتالى، القانون أكثر عدالة، ويؤدى، فى ذات الوقت، إلى تأمين استقرار المعاملات بين أصحاب الشأن.

وعلى الإلتزام بالتعاون فى تنفيذ العقد تنص المادة ٥٥ من القانون الصادر فى فرنسا فى ١١ مارس ١٩٥٧ بشأن حق المؤلف على أن «يلتزم المؤلف بأن يقدم للناشر نسخ المؤلف من أجل إعدادها وتوزيعها».

(l`auteur doit mettre l`editeur en mesure de fabriquer et de diffuser les exemplaires de l`oeuvre).

المبحث الثالث

مدى جواز التقييد الإتفاقى
لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين

٣٧ - رأينا فيما سبق، ان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعنى أن مااتفق عليه المتعاقدان، بمحض إرادتهما يلزمهما، ويجبران على تنفيذه. ورأينا، أيضا، أن هذا الإلزام يجب ألا يخرق النظام العام والآداب الحميدة، كما يجب ألا يخالف حسن النية. فكل من النظام العام، والآداب الحميدة، وحسن النية يقيد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وهنا يثور التساؤل الآتى: أيتقيد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بذلك فقط؟ أم أن أطراف العقد يمكنهم، بالإتفاق، الحد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين؟

للإجابة على هذا التساؤل ميز بعض الفقهاء بين ثلاث طوائف للشروط التى يضمنها الأفراد عقودهم، فالشروط إما أن تكون عناصر أساسية للعقد، لا يجوز الإتفاق على إستبعادها، وإلا تحول العقد إلى عقد آخر، وإما أن تكون عناصر طبيعية للعقد. وهذه الأخيرة يفترض وجودها فى العقد، وإن كان يجوز للأطراف الإتفاق على استبعادها. دون أن يؤثر ذلك فى صحة العقد. وفى الأخير قد تمثل الشروط عناصر عرضية للعقد لايفترض وجودها، بل يفترض عدم الإتفاق عليها مادام الأطراف لم يذكروها صراحة فى العقد(١).

ومن ذلك يمكن القول أن الإرادة الإتفاقية لأطراف الرابطة العقدية لايمكنها أن تأتى بقيد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلا بصدد العناصر الطبيعية للعقد. ففى هذا النطاق فقط يمكنها أن تحد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باستبعاد الآثار التى تعد عناصر طبيعية للإتفاق، أو بعض هذه الآثار، وهى العناصر التى يقضى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بلزومها، بل ويفترض وجودها، مالم تستبعد صراحة.

---

(1) EUGENE GAUDEMET: Theoire genarale des obligations, Op. Cit., 1965, P. 201.

أما فيما يتعلق بالشروط التى تمثل عناصرا أساسية للعقد، فإن الإرادة الإتفاقية لأطراف العقد لايمكنها المساس بها كتقييد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأن ذلك يجعل تنفيذ العقد متوقفا على محض إرادة المتعاقد المدين ويمثل، من ثم، شرطا إراديا محضا يحرمه نص المادة ٢٦٧ من القانون المدنى المصرى ونص المادة ١١٧٤ من القانون المدنى الفرنسى، على رأى(١)، أو لأن ذلك يخالف قواعد النظام العام، على رأى آخر(٢).

وبالنسبة للشروط التى تمثل آثارا عرضية للعقد، لا يضيف الإتفاق على استبعادها جديدا، لأن استبعادها مفترض إذا لم يتفق الأطراف صراحة على وجودها. ومن هنا، فإنها تخرج عن نطاق التقييد الإتفاقى لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وقريب من ذلك ما يذهب إليه جانب آخر من الفقهاء من أن حرية الإرادة فى إنشاء التصرفات القانونية لا تكتمل إلا بإطلاق زمامها فى الشروط المقترنة بالعقود، بشرط ألا «تخالف القواعد القانونية الآمرة أو النظام العام أو الآداب» وألا «تكون محرمة شرعا»(٢). وعليه، وطبقا لهذا الرأى، لا يملك الأطراف تقييد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلا فيما يتعلق بالشروط التى تمثل عناصر طبيعية للعقد، دون ماسواها من الشروط.

---

(1) J. Ghestin, L`indetermination du prix de vente et la condition potestative, Cit. P. 293.
RICHARD KAUFFMANN, de l`utilite et des effets d`une clause potestative: la clause de retour a meilleure fortune dans les abandons de creances amiables et concordataires, D. 1982, Ch. P. 129.

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى - اتفاقات المسئولية - مجلة القانون والإقتصاد - س ٣٠ - ص ٥١٢ - بند ٢٠.

(٢) الدكتوره ليلى عبدالله سعد - دور الإرادة فى تقييد حق الملكية - مجلة الحقوق (الصادرة من كلية الحقوق بجامعة الكويت) - س ٦ - ع ٤ - ص ١٨٧.

وإذا ما انتقلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فى مسألة التقييد الإتفاقى لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، نجد أن هناك حدودا فاصلة بين مايصح من الشروط المقترنة بالعقد وبين مالا يصح منها(١)، وان اختلف الفقهاء فى بيان هذه الحدود بين مضيق لها، وموسع فيها، ومتخذ موقفا وسطا بشأنها.

ففى جانب، نجد الظاهرية(٢) لا يجيزون من الشروط إلا شرطا ثبت بالكتاب أو السنة، مستندين إلى ماروى عن عائشة، رضى الله عنها، من أنها قالت: «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه (بما هو أهله) ثم قال: أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله، ماكان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل وان كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق»(٣)،(٤).

وفى الجانب الآخر، نجد الحنابلة يذهبون إلى صحة كل شرط(٥) لم يقم دليل من الشارع على النهى عنه أو على عدم اعتباره بسبب انكاره حقا على المتعاقد اثبته له العقد(٦)، مثل البيع بشرط التسليف أو القرض، لأنه منهى عنه؛ ومثل البيع بشرط أن لايقفه أو يهبه أو يبيعه، لأن فيه تقييد لحق المشترى. وما عدا ذلك من شروط فهو صحيح يجب الوفاء به، ويجبر الملتزم بها على الوفاء، مالم يوف مختارا.

---

(١) وذلك بصدد معالجة الشروط المقترنة بالعقد بصفة عامة. فلم يقع تحت بصرنا شىء يتعلق بمعالجة الفقهاء المسلمين لشرعية التقييد الاتفاقى لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

(٢) المحلى لابن حزم الأندلسى - جـ ٨ - طبعة منشورات الكتاب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - المسألة ١٤٤٥ - ص ٤١٥.

(٣) المحلى لابن حزم - المرجع السابق - ص ٤١٢.

(٤) ويرد الظاهرية على من يعترضون على رأيهم بقول الله «أوفوا بالعقود» وقوله تعالى «أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم» وبما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال: «المسلمون عند شروطهم»، بأن عهد الله هو ماجاء فى كتابه وسنة نبيه ومادون ذلك فهو عهد الشيطان. ومادام عد عهدا للشيطان كان الوفاء به باطلا. وأما الأثر فإن رواته بين هالك أو مجهول أو مشهور بالكذب - المحلى لابن حزم - المرجع السابق - ص ٤١٤، ٤١٥.

(٥) المغنى لابن قدامه - ط ٣ - جـ ٤ - ص ٩٣ ومابعدها.

(٦) منتهى الارادات فى جمع المنفع وزيادات لابن النجار - القسم الأول - طبعة دار العروبة - ص ٢٥٣.

أما جمهور الفقهاء المسلمين فإنهم يقفون بين الرأيين السابقين برأى وسط. فيرى أكثر فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية أن كل شرط يشترطه المتعاقدان فى عقدهما ويخالف الأحكام الشرعية، أو يزيد على مقتضى العقد الذى اشترط فيه دون أن يرد أثر به، يعتبر شرطا لا يقره الشرع ولايرعاه[١]، ومن ثم لايعتد به.

٣٨ - ونحن من جانبنا نرى أن الإجابة على التساؤل الخاص بإمكانية تقييد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إتفاقا، تقوم على التمييز بين شروط العقد على النحو الذى أورده الشاطبى فى موافقاته[٢].

فعند الشاطبى تنقسم شروط العقد إلى ثلاثة أقسام فمنها مايكون غير ملائم لمقاصد العقد ولامكمل لحكمته، بل هو ضد هذه الحكمة وتلك المقاصد. ومنها مايكون مكملا لحكمة المشروط عليه وعاضدا لها ولا منافاة فيه لها. وفى الأخير، هناك شروط لاتظهر فيها لامنافاة لمشروط العقد، ولا ملاءمة له[٣].

ولكل قسم من أقسام شروط العقد سالف الذكر حكم خاص بإمكانية تقييده إتفاقا. فالعناصر الأساسية للعقد لايجوز، بالإتفاق، الحد منها. فالشرط الذى يرد فى العقد، أو حتى فى اتفاق لاحق على العقد، ويعطى الحرية للملتزم فى عدم تنفيذ أى من العناصر الأساسية، يكون ضد مقاصد العقد ومنافيا لحكمته، الأمر الذى يجعله شرطا باطلا.

أما العناصر الطبيعية للعقد، وهى التى تكون مكملة لحكمه المشروط، فيجوز الإتفاق على إعفاء الملتزم بها من تنفيذ التزامه.

---

(١) الإمام محمد أبو زهرة - المالكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - طبعة دار الفكر العربى - بند ١٢٧ - ص ٢٧٣.
الدكتوره ليلى عبدالله سعيد - دور الارادة فى تقييد حق الملكية - سالف الإشارة - ص ١٩٠.

(٢) ويقترب منه تقسيم EUGENE GADEMET للشروط على النحو الذى ذكرناه سابقا.

(٣) الموافقات فى أصول الشريعة - للشاطبى (وهو ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى المالكى المتوفى سنة ٧٩٠هـ) الجزء الأول - ص ٢٨٣ ومابعدها.

وفيما يتعلق بالشروط العرضية، وهى شروط لاتظهر فيها منافاة لمقصود العقد، كما لاتظهر فيها ملاءمة لحكمته، وفيها يكتفى الشاطبى بعدم منافاة مقصود العقد، للقول بصحتها. والشروط العرضية، هذه، لايمكن أن يتصور بالنسبة لها الإتفاق على تقييد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأنها لاتقوم بغير اتفاق الطرفين صراحة عليها. فلا يتصور أن ينص الأطراف عليها، وفى نفس الوقت، يتفقون على اعفاء الملتزم من القيام بتنفيذها كتقييد اتفاقى لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وإلا عد ذلك هزلا ينزه عنه كل عاقد عاقل.

خلاصة القول: إن التقييد الإتفاقى لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، جائز ولكن فى حدود العناصر الطبيعية للعقد دون سواها.

القسم الأول

وسائل التطويع

تمهيد وتقسيم :

٣٩ - منذ بداية القرن العشرين والحياة الإقتصادية فى تقلب مستمر، سواء بسبب الحروب الساخنة أو حتى الباردة، أو بسبب التطور الصناعى وتقسيم العمل، أو بسبب تطور تكنولوجيا النقل والمواصلات بسرعة مذهلة، أو بسبب ارتفاع الأسعار نتيجة لانخفاض قيمة النقود، أو بسبب تدهور الأوضاع السياسية كما حدث فى الآونة الأخيرة للكتلة الشيوعية. ويتبع هذا التقلب تقلب فى مراكز الأطراف المرتبطين بعقود لم تنفذ بعد، سواء أكانت عقودا فورية(١)، أو مستمرة التنفيذ.

هذا التقلب فى مراكز المتعاقدين يؤدى إلى أن يتحمل أحدهما بإلتزامات لم يكن يقصد إلى التحمل بها، وقت ابرام العقد. وفى المقابل، يحصل الطرف الآخر على حقوق أكثر مما اتجهت إليه نيته وقت ابرام العقد. وهذا الوضع يؤدى إلى اختلال العدالة التعاقدية، التى تعتبر أساس قانون العقود(٢).

وكما أشرنا سابقا ، فإن الأطراف قد يحتاطون لمثل هذه التقلبات

---

(١) إذ لا نرى مبررا لما ذهب إليه البعض من أن العقود الفورية التنفيذ لا تثير مشكلة عند تقلب الأوضاع الإقتصادية:

PAUL DURAND: Preface de la tendance a la stabilite du rapport contractuel, L.G.D.J. 1960, P. 111.

وإنما الحقيقة فيما ذهب إليه البعض الآخر من أن العقود فورية التنفيذ قد تقتضى، مثلها فى ذاك مثل العقود المستمرة التنفيذ، مهلة من الزمن، قد تتغير فيها الظروف الإقتصادية، وتضطرب، بالتالى، مراكز الأطراف المتعاقدة:

REGIS FABRE: Les clauses d`adapation dans les contrats, R.T.D.C., 1983, P. 1, No. 1.

(٢) بل أساس النظام القانونى بكامله:

JEAN PAUL BUGAULT: Le maintien de l`equilibre contractuel dans la pratique notariale courante, these, Paris, 1945. P. 1.

بإدراج شروط فى عقودهم تعالج أثر التغييرات التى يمكن أن تحدث بعد ابرام العقد، قبل أو أثناء تنفيذه، وتؤثر فى التزامات طرفيه. ومن هنا يجب علينا بحث دور المتعاقدين فى معالجة آثار تغيير الظروف الإقتصادية على الرابطة العقدية.

هذا، وإن الدولة قد تتدخل، سواء بنصوص تشريعية أو عن طريق رجال السلطة العامة، لمعالجة بعض آثار تغير الظروف الإقتصادية، وإعادة العدالة بين الأطراف المتعاقدة. ولكن، ولما كانت النصوص التشريعية تصدر، فى خصوص معالجة آثار التقلبات الإقتصادية، بصفة مؤقتة، ومعالجة الأمور معالجة وقتية، فإننا لن نتطرق لدور المشرع فى معالجة آثار تقلبات الظروف الإقتصادية على الروابط العقدية، وسنقتصر على الكلام عن دور الإدارة فى هذا الخصوص.

ومع ذلك، قد توجد حالات تخرج عن حالات تدخل الإدارة، ولايكون الأفراد قد احترسوا فيها لفعل التقلبات الإقتصادية، أو احترسوا ولكن التقلبات جاءت خارجة عن حدود توقعاتهم، حالات تختل فيها العدالة التعاقدية لما يحدث من تغير فى مراكز المتعاقدين، نتيجة لتغير الأحوال الإقتصادية عما كانت عليه وقت ابرام العقد. ويترتب على ذلك أن تنفيذ العقد يؤدى إلى إثراء أحد المتعاقدين مقابل ضرر بالغ يصيب المتعاقد الآخر. هذا الأمر يقتضى علاجا سريعا وإلا فقد القانون سبب وجوده.

وعلى خلاف القانون المدنى الفرنسى، عالج المشرع المصرى(١)، شأنه فى ذلك شأن التشريع الألمانى والسويسرى واليونانى والإيطالى والهولندى(٢)، وكذلك الفقه الإنجليزى(٣)، آثار الحوادث الإستثنائية العامة التى تحدث بعد

---

(١) فى المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى، وفى بعض المواد المتفرقة بين طيات هذا القانون.

(٢) وإن كانت هذه التشريعات قد قطعت مدى أبعد فى إعمال نظرية الظروف الطارئة من التشريع المصرى.

(3) P. S. ATIGAH, An intrauction to the law of contract, Third edition (1981), OXFORD, P. 198.
G.H. TREITEL, The Law of contract, Faurth edition (1975), LONDON, P. 583.

ابرام العقد وقبل تمام تنفيذه، وهى المعالجة التى يطلق عليها الفقه «نظرية الظروف الطارئة» أو «نظرية الحوادث الإستثنائية» أو «نظرية الظروف غير المتوقعة»(١). لكن هذه النظرية، مهما بلغ اتساعها، لن تغطى الحالات التى تقتضى التدخل الناجع لإعادة الأمور إلى حالتها التى كانت عليها قبل حدوث التغير الإقتصادى الذى أدى إلى إختلال العدالة التعاقدية. ولذا يثور هنا التساؤل عن امكانية إعادة التوازن العقدى إلى ماكان عليه قبل حدوث التغيير

---

(١) يراجع فى خصوص هذه النظرية:

الأستاذ اسعد الكورانى - نظرية الحوادث الطارئة فى التشريع المدنى للبلاد العربية - المحاماة - س ٤٠ - ١٩٥٩ - العدد الأول.

الدكتور حامد زكى - عقد التوريد وتغير الظروف الفجائى - مجلة القانون والإقتصاد - س ٢ (١٩٣٢).

المستشار حنفى محمد غالى - نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقهما على عقود بيع أملاك الحكومة - مجلة إدارة قضايا الحكومة - س ٢ (١٩٥٨) - عدد ٣.

صليب بك سامى - الظروف الطارئة وأثرها فى مسئولية المتعاقدين - المحاماة - س ١٢ (١٩٣٢) - العدد التاسع.

الأستاذ عادل علوبه - نظرية الحوادث الطارئة - المحاماة - س ٤٠ (١٩٥٩) - العدد الأول.

الدكتور محمد عبدالجواد محمد - الغبن اللاحق والظروف الطارئة فى القانونين الفرنسى والمصرى - مجلة القانون والإقتصاد - س ٣٣ وكذلك شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - مجلة القانون والإقتصاد - س ٤٤ - وكذلك مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة - المحاماة - س ٣٩ - العددان الثانى والثالث.

نصيف زكى - اضطراب سعر النقد ونظرية الطارىء المفاجىء - المحاماة - س ١٣ - ع ٢.

حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقد فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر.

الدكتور على محمد عبد المولى - الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى - رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس - طبعة ١٩٩١.

AUVERNY - BENNETOT(J), La theorie de l`imprevision, Paris, 1938.

ALIBERT (R) , l`imprevision dans les concersions de service Pulbic, Paris, 1924.

SOTO (J.DE), Imprevision et ecomonie dirigee, J.C.P., 1950, ed. G., 1, No. 817.

فى الظروف الإقتصادية، على الرغم من عدم وجود نص تشريعى استثنائى يعالج المشكلة، وبمعنى آخر، هل يمكن تطويع العقد حتى يستوعب فى بنوده أثر الظروف الإقتصادية المتغيرة(٢)؟ وللإجابة على هذا السؤال سوف نتكلم عن دور القاضى فى معالجة آثار تغيير الظروف الإقتصادية على الرابطة العقدية.

وعلى هذا، فقد يكون من الملائم أن نتناول هذا القسم فى أبواب ثلاثة على النحو التالى:

الباب الأول : دور المتعاقدين فى تطويع العقد.

الباب الثانى : دور الإدارة فى تطويع العقد.

الباب الثالث : دور القاضى فى تطويع العقد.

---

(١) أو فى البلدان التى لا تحوى تشريعاتها نصا مماثلا لنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى كفرنسا مثلا.

(٢) أجاب على ذلك H.CAPITANT فى ملاحظة له منشورة فى D. 1817-P.17-2-33 بأنه لا يمكن إعمال فكرة تطويع العقد لملائمة الظروف الإقتصادية، بل ولا يمكن حتى إعمال نظرية الظروف الطارئة. ويستند فى هذا القول إلى أن القول العكسى يخالف نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، كما يخالف النية المشتركة لأطراف الرابطة العقدية. فالمتعاقدان أبرما العقد قصد الإحتياط من تقلبات المستقبل.

ويرد ANNE GINAY - CYTERMAN بأن المثل القائل بأن من يقول تعاقديا يقول حق، يفترض أن مساواة حقيقية بين المتعاقدين الذين ناقشا بحرية العقد. لكن هذه المساواة غير متوافرة فى العقود التى تبرم فى عصرنا الحالى.

"Oui dit contractuel, dit juste", cet adage bien connu herite de la philosophie liberale suppose une egalite reelle entre des contractants qui ont negocie librement leur contrat. On, en notre vingtieme siecle, Ou les contrats sont tres souvent preredigés unilateralement par les professionnels et imposes oux consommateurs, une antinomie se profile entre le principe de liberte contractuelle, corollaire de l`autonomie de la volonte, et l`existence d`une justice contractuelle.)

ANNE SINAY - CYTERMAN, la commission des clauses abusives, R.T.D.C., 1985, 3, P. 472.

الباب الأول

دور المتعاقدين فى تطويع العقد

تمهيد وتقسيم :

٤٠ - يمكن تصور مواجهة المتعاقدين لما ينشأ من آثار نتيجة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، أما لحظة ابرام العقد أو بعد ابرامه: فى الحالة الأولى، يورد المتعاقدان، كبند من بنود العقد، شرطا يحدد كيفية علاج ماينجم عن تغير ظروف إبرام العقد الإقتصادية من آثار تهدد استمرار «التوازن الإقتصادى» للعقد، ذلك التوازن الذى كان قائما وقت ابرامه. والشروط التى يدرجها الأطراف، لحظة ابرام العقد بقصد مواجهة التقلبات الإقتصادية، تأخذ أشكالا متعددة، درج الفقه على تسميتها بشروط الأرقام القياسية(١)، أو دالة العقد(٢)، أو شروط تغير الإلتزام تبعا للمؤشر المختار(٢)، وإن كان الأدق أن نطلق عليها أسس تغيير الإلتزامات العقدية. وهذه، ستكون موضوع الفصل الأول من هذا الباب. أما الحالة الثانية، فيتفق فيها المتعاقدان على كيفية علاج ما يترتب على تغير الظروف الإقتصادية التى عاصرت ابرام العقد، من آثار تهدم «التوازن الإقتصادى للعقد». ويكون هذا

---

(1) MAROI RIST: L`echelle mobile dans les contrats et dans les jugements, Paris, Editions demat montchrestien.
JACQUES PELLERIN: Les clauses relatives a la repartitation des risques financiers entre cocontractants these. Paris 1977. P. 474.

(2) M. ALI BAZER: les effets de la variation monetaire dans le domaine du contrat d`assurance. Travau de l`association de H. CAPITANT - 1971. P. 795.
JACQUES PELLERIN: les clauses relatives a la reparititation des risques financiers entre cocontactants these - Op. Cit. P. 474.
A. TOULEMON: Evolution de la jurisprudence en matiere de clauses d`echelle mobile et de clauses de variation suivnt indices, R.T.D. commercial. 1951, II. P. 665,

الإتفاق مكملا، وبالضرورة، لاحقا للإتفاق الأصلى. هو ما سنفرد له الفصل الثانى من هذا الباب.

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول : أسس تغيير الإلتزام.

الفصل الثانى : الإتفاق اللاحق على تعديل الإلتزام.

الفصل الأول

شروط دالة الإلتزام

تمهيد :

يرى جانب من الفقه أن أسس تغير الإلتزامات العقدية تنحصر فى الشروط المتعلقة بحماية الدائن من التقلبات النقدية أو تغير الأسعار(١)، بينما نجد جانبا آخر من الفقه يضيف إلى هذه الشروط شروطا أخرى تتعلق بحماية المدين(٢).

والواقع من الأمر أن فترة مابين الحربين العالميتين وما ترتب عليها من آثار تجعلنا نوسع من نطاق أسس تغير الإلتزام ليشمل حماية كل من الدائن والمدين - على حد سواء - وذلك فى أحوال التقلبات النقدية، تغير الأسعار، أو تغير أى ظرف إقتصادى آخر كان قائما وقت ابرام العقد وتحددت فى ضوئه التزامات الطرفين أو كليهما.

ومما لاشك فيه أن نشوب الحرب العالمية الأولى قد ترتب عليه هدم التوازن الإقتصادى للعقود التى ابرمت قبل قيامها، مما أدى إلى زيادة الحيطة عند الأفراد، تمثلت فى تضمين عقودهم أسسا لتغيير الإلتزامات، والتى بمقتضاها يرتبط التزام أحد المتعاقدين فى قيمته، بقيمة عنصر آخر يتميز بالثبات النسبى(٣).

فعشية الحرب العالمية الأولى وماترتب عليها من آثار هدمت التوازن الإقتصادى للعقود المبرمة قبل قيامها، درج الأفراد، إحتياطا للمستقبل، على أن يضعوا فى عقودهم أسس تغير الإلتزامات، والتى بمقتضاها يرتبط التزام أحد

---

(1) MAROI RIST: L`echelle mobile dans les contrats et dans les jugements - Op. Cit. P. 25.

(2) M. ALI BAZER: Les effets de la varition monetaire dans le domaine du contrat d`assurance - Op. Cit. P. 797.

(٣) السيد محمد مدنى - مسئولية الدولة عن أعمالها المشروعة (القوانين واللوائح) - رسالة دكتوراه - المطبعة العالمية - ١٩٥٢ - ص ١٦٥.

المتعاقدين فى قيمته، بقيمة عنصر يتميز بالثبات النسبى، يسمى «الدالة»(١).

٤٢ - تعريف أسس تغير الالتزام :

يمكن تعريف أسس تغير الإلتزام بأنها تلك الشروط التى يدرجها الأطراف فى عقودهم، ويتفقوا، بمقتضاها، على أن حساب الإلتزام المستحق الآداء سيكون بالقياس على ثمن عملة محددة أو ثمن سلعة غذائية معينة أو ثمن أى بضاعة أخرى(٢). هذه البضاعة أو السلعة أو تلك العملة هو مايطلق عليه مؤشر الحساب أو أساس تغير الإلتزام. فعلى سبيل المثال، قد يتفق مورد

---

(١) جاء فى لسان العرب لابن منظور - المجلد الثانى - باب الدال - ص ١٤١٣، ١٤١٤: والدالة: ماتدل به على حميمك. وامرأة ذات دل أى شكل تدل به. ودل فلان إذ هدى. ودله على الشىء يدله والأودلالة. والدليل ما يستدل به. والدليل: الدال. وقد دله على الطريق، يدله دلالة ودلالة ودلولة. والدليل والدليلى: الذى يدلك.
وجاء فى المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية - الجزء الأول - طبعة ١٣٨٠ - ١٩٦٠ - باب الدال - ص ٢٩٤: دل عليه واليه - دلالة: ارشد. ويقال: دله على الطريق ونحوه: سدده اليه.
وجاء فى القاموس المحيط - الجزء الثالث - صفحة ٣٧٨ - فصل الدال - باب اللام: والدالة الشهرة ج دال دال يدول دولا ودالة صار شهرة.
وجاء فى المنجد للويس معلوف - الطبعة الحادية عشرة (١٩٤٩) - بيروت - ص ٢١٨: (دله - دلالة ودلولة ودليلى) إلى الشىء وعليه: أرشده وهداه ..... (الدالة) مؤنث دال. ماتدل به على صديقك.
وجاء فى المختار الصحاح - الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية بمصر - باب الدال - ص ٢٢٩: دل - الدليل مايستدل به والدليل الدال أيضا وقد دله على الطريق يدله بالضم دلالة بفتح الدال وكسرها ودلولة بالضم والفتح أعلى ويقال أدل فأمل والإسم الدالة بتشديد اللام وفلان يدل بفلان أى يثق به ....

(2) ANDRE TOULEMON: Evoution de la jurisprudance en matire de clauses d`echelle mobile et de clauses de variation suivant indices, R.T.D. Commercial, 1951, P. 364, II.
وهو نفس التعريف الذى قال به: M. PIERRE CATALA,
Les effets de la depreciation monetaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil Francais, Travaux de l`association de H. CAPITANT, 1971, No. 3. P. 444.

حينما قال:
L`indexation (Consst a prevoir, dans le contrat, un mode de reevaluation des creances de numeraire au jour de leur exigibilite funutre).

حديد التسليح مع مقاول المبانى، بمقتضى بند فى عقد التوريد المبرم بينهما لمدة خمس سنوات، على أن يقوم ثمن كمية الحديد التى تورد سنويا على أساس أسعار بترول الخليج، أو على أساس أسعار القطن المصرى، أو على أساس اسعار الجنيه الإسترلينى. فالجنيه الإسترلينى أو القطن المصرى أو بترول الخليج اتخذ أساسا يستدل عن طريقه، وبإعمال قواعد الحساب، على كم الإلتزام الواقع على المستورد كثمن لكمية الحديد الموردة، لحظة توريدها.

ويظهر التعريف السابق لأسس تغير الإلتزام السمة الأساسية لها. وهى كونها لاتتعلق بإنشاء وسيلة وفاء بين الأطراف تنافس العملة كأداة وحيدة مشروعة للوفاء. وإنما تتعلق فقط بإنشاء وسيلة حساب لكم الإلتزام المستحق، والواجب الوفاء بعملة الدولة. وهذه السمة لأسس تغير الإلتزام غابت عن أذهان بعض الكتاب، الأمر الذى أدى بهم إلى معارضة شروط الأرقام القياسية بحجة انها تمثل اعتداء على القوة الإلزامية والقانونية للعملة الوطنية. إذ لا يكون هناك اعتداء على القوة الإلزامية والقانونية لعملة الدولة إلا إذا سمحنا للأفراد بإحلال وسيلة وفاء أخرى، غير هذه العملة، كالذهب أو العملة الأجنبية مثلا.

مالايدخل فى شروط أسس تغير الالتزام:

٤٣ - ومن التعريف السابق نلاحظ أنه يخرج عن إطاره شروط الدفع بالذهب والدفع بعملة أجنبية، والدفع عينا.

أولا : شروط الدفع بالذهب أو الدفع بعملة أجنبية :-

فى حالتى اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أن يدفع، مايولده على عاتقه العقد من التزام بالذهب أو بعملة أجنبية كالدولار مثلا، لا نكون بصدد مؤشر يحسب على أساسه كم الإلتزام وقت وجوب الوفاء، وإنما نكون بصدد إحلال وسيلة وفاء جديدة محل وسيلة الوفاء القانونية وهى عملة الدولة(١).

(1) ACHILLE MESTRE et EMILE JAMES, La clause - or en Drait Francais, 1926, Paris, Nouvelle Libraire Nationale.

ولذلك، فإن اشتراط الوفاء بالذهب أو بعملة أجنبية يمثل إعتداء حقيقيا على القوة الإلزامية والقانونية لعملة الدولة، بمنافستها فى الوفاء(١)، بإعتبار أن عملة الدولة تتعرض للتقلبات، الأمر الذى يؤدى إلى تشكيك الأفراد فى قوتها، وبالتالى، اللجوء إلى التعامل بالذهب أو بعملة أجنبيه أكثر استقرارا.

وعلى هذا الأساس لم تتردد المحاكم الفرنسية فى القضاء ببطلان شرط الدفع بالذهب أو الدفع بعملة أجنبية، لما يمثله مثل هذا الشرط من إعتداء على القانون المالى للدولة، والذى تتعلق قواعده بالنظام العام(٢). كما لم يتردد جانب فى الفقه، عند تمييزه بين أسس تغير الإلتزام المشروعة وأسس تغير الإلتزام غير المشروعة، فى إدراج شرط الدفع بالذهب أو شرط الدفع بعملة أجنبية ضمن الفئة الثانية(٣). ولكننا، نرى أن شرطى الدفع بالذهب أو الدفع بعملة أجنبية لا يدخلان أصلا، ضمن أسس تغير الإلتزام، طبقا للتعريف سالف الذكر. فأى منهما لا يمثل مؤشرا تحسب على أساسه كمية الإلتزام الواجب الآداء، وإنما يعتبر كل منهما عملة خاصة أنشأها المتعاقدان وتراضيا على أن تكون بينهما وسيلة وفاء، على خلاف ماتقضى به قواعد القانون المالى فى الدولة من إعتبار العملة الوطنية هى الوسيلة الوحيدة للوفاء بالإلتزامات النقدية(٤).

---

(1) MAROI RIST: L`echelle mobile dans les contrats et dans les jugements, Op. Cit. P. 118, Jarge. 1.

(2) Cass. Civ. du 11 Fev. 1873, D. 1873-1-P. 177.
Cass. Civ. Du 17 Jai 1927, D. 1928, 1-P.25.

(٣) والحق أن الفقه الفرنسى إنقسم، بصدد مسألة الدفع بالذهب إلى ثلاث طوائف. الطائفة الأولى تذهب إلى صحة شرط الدفع بالذهب، إستنادا إلى احترام ارادة المتعاقدين، فى حين ترى الطائفة الثانية بطلان شرط الذهب استنادا إلى أن التشريعات المالية تتعلق بالنظام العام. أما الطائفة الثالثة فإنها ترى أن السعر الالزامى للعملة لايبطل شرط الدفع بالذهب وإنما يعطله. وبالتالى على المدين أن يوفى على أساس الذهب لا بالذهب.
الدكتور السيد محمد مدنى - مسئولية الدولة على أعمالها المشروعة - رسالة سالفة الذكر - ص ١٦٥.

(٤) وفى مصر يسلم الفقه ببطلان شرط الدفع بالذهب منذ صدور مرسوم ٢ أغسطس ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت التى يصدرها البنك الأهلى - الدكتور السيد محمد مدنى - رسالته سالفة الذكر - ص ١٦٧.

ثانيا : شرط الدفع عينا :-

قد يتفق المتعاقدان على أن يكون مقابل الوفاء موضوعا معينا أو سلعة غذائية أو أية بضاعة أخرى، بدلا من النقود. وفى مثل هذه الأحوال لانكون بصدد «مؤشر التزام» يقدر على أساسه الآداء واجب الوفاء، وإنما نكون بصدد عقد المقايضة المنصوص عليه فى المادة ٤٨٢ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأن «المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الطرف الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود»، وفى المادة ١٧٠٢ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن «المقايضة عقد يتبادل بمقتضاه الطرفان شيئا بآخر»(١).

ولذلك، تنطبق هنا أحكام عقود المقايضة الواردة فى المواد من ٤٨٢، إلى ٤٨٥ من القانون المدنى المصرى، والمواد من ١٧٠٢، إلى ١٧٠٧ من القانون المدنى الفرنسى، والفصول من ٦١٩ وحتى ٦٢٥ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، والمواد من ٦٠٦ وحتى ٦١٢ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى، دون أن تثور شبهة تطبيق أحكام أسس تغير الإلتزام.

٤٦ - وقد عرض أمر شرعية أسس تغير الإلتزام على القضاء فيما بين الحربين العالميتين، فأصدر، فى هذا الشأن أحكاما متعددة. كما أن الفقه أولى هذا الموضوع إهتماما كبيرا، الأمر الذى يوجب علينا أن نعرض لشرعية هذه الأسس.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الصيغ التى يدرجها الأطراف فى عقودهم إحتياطا للتقلبات الإقتصادية تتعدد وتختلف تبعا للمؤشر الذى يتبنوه ويربطوا به التزاماتهم كلها أو بعضها.

وبذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:-

المبحث الأول : مدى شرعية أسس تغير الإلتزام.

المبحث الثانى : صور أسس تغير الإلتزام.

---

(1) (L`echange est un cntrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre).

وقد عرف قانون الإلتزامات والعقود المغربى، بموجب الفصل ٦١٩ المقايضة بأنها «عقد بمقتضاه يعطى كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئا منقولا أو عقاريا، أو حقا معنويا، فى مقابل شىء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر». وقد انتقل هذا النص إلى المادة ٦٠٦ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

المبحث الأول

مدى شرعية أسس تغير الإلتزام

٤٤ - حظى موضوع شرعية أسس تغير الإلتزام بقسط كبير من البحث والدراسة الفقهية، بين رافض لهذه الأسس رفضا مطلقا، وبين مؤيد لها بصفة مطلقة، أيضا، وبين متخذ موقفا وسطا بين الرأيين الأولين، ومعترف بها، ولكن بقيود معينة.

ولايختلف موقف القضاء الفرنسى، فى هذا الشأن، عن موقف الفقه. فهو تارة يعارض بشدة أسس تغير الإلتزام، وتارة أخرى، يعترف بحق المتعاقدين فى إدراج هذه الأسس، بصيغة عامة توحى بشرعيتها على الإطلاق. ولكنه فى أحيان ثالثة، يعترف بشرعيتها ولكن بقيود معينة.

وهكذا يتضح أن فى الفقه والقضاء ثلاثة إتجاهات فى خصوص شرعية أسس تغير الإلتزام. أول هذه الإتجاهات يرى أنها غير مشروعة. وثانى هذه الإتجاهات يقول بالشرعية المقيدة لها. أما ثالث هذه الإتجاهات فإنه يرى، وبصفة مطلقة، أنها مشروعة.

وسوف نتناول هذه الإتجاهات الثلاثة فى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : الرأى القائل بعدم شرعية أسس تغير الإلتزام.

المطلب الثانى : الرأى القائل بشرعية اسس تغير الإلتزام.

المطلب الثالث : الرأى القائل بشرعية أسس تغير الإلتزام بقيود.

المطلب الأول

الرأى القائل بعدم شرعية أسس تغير الإلتزام

٤٥ - ظهرت بوادر الرأى المعارض لأسس تغير الإلتزام مع عرض أول نزاع، بصددها على محكمة النقض الفرنسية فى قضية تتلخص وقائعها فى أنه، بمقتضى عقد موثق، التزم الزوجان Do-Delattre قبل السيد Scouteten بأن يوفيا بدين يقع على عاتقهما، مع فوائده، بالعملة الذهبية أو الفضية فقط، ولا يمكنهما التخالص من الدين ولا من فوائده بأى عملة أخرى، حتى ولو صار سعرها الزاميا فى فرنسا بمقتضى قوانين أو قرارات، عقب ابرام ذلك الإتفاق.

عرض الزوجان، فى ٦ سبتمبر ١٨٧١، على الدائن الوفاء بعملة البنك الفرنسى، إلا أن الدائن رفض ذلك الوفاء، الأمر الذى حدا بالزوجين إلى عرض النزاع على محكمة «ليل» التى قضت فى ٢٢ ديسمبر ١٨٧١ ببطلان العرض المقدم من الزوجين، وبحق الدائن فى إقتضاء دينه بالعملة الذهبية أو الفضية. واستندت المحكمة فى ذلك إلى أن اتفاق الطرفين على الوفاء بالذهب أو الفضة لا يخالف النظام العام ولا حسن الآداب. ولا يغير من ذلك - من وجهة نظر المحكمة - صدور قانون ١٢ أغسطس ١٨٧٠، الخاص بأوراق البنكنوت، لأن ذلك القانون لا يسرى على الاتفاقات السابقة، من وجهة نظر محكمة «ليل»(١).

أستأنف الزوجان هذا القضاء أمام محكمة «ديوى»، فقضت محكمة «ديوى»، فى ٨ مارس ١٨٧٢، برفض الإستئناف وبتأييد الحكم المستأنف للأسباب التى بنى عليها(٢).

---

(1) D.P. 1872-2-51.
(2) D.P. 1872-2-51.

طعن الزوجان Do-Delattre فى قضاء محكمة «ديوى» بالنقض، مستندين فى ذلك، إلى أن المحكمة، بقضائها ذلك، خرقت نص المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى، كما خرقت قانون ١٢ أغسطس ١٨٧٠، كما أنها حرفت تطبيق نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، فضلا عن أنها حرفت تفسير نص المادة ١١/٤٧٥ من القانون الجنائى الفرنسى. وقد نقضت محكمة النقض الحكم الصادر من محكمة «ديوى» إستنادا إلى أن القوانين المالية، ومنها قانون ١٨٧٠، التى تحدد السعر الإلزامى للعملة تمس النظام العام، وبالتالى، تقع تحت طائلة الحكم الوارد فى نص المادة ٦ من القانون المدنى الفرنسى التى تبطل الاتفاقات التى تخالف النظام العام وحسن الآداب، الأمر الذى يجعل اتفاق الدفع بالذهب أو بالفضة باطلا[١]، وتوالت، بعد ذلك، أحكام محكمة النقض الفرنسية التى تقضى بعدم مشروعية أسس تغير الإلتزام[٢].

والحق أن الحكم الأول لمحكمة النقض الفرنسية لم يتعرض لأسس تغير الإلتزام على النحو الذى أوضحناه سابقا، وإنما هو تعرض لشرط الدفع بالذهب أو الفضة، وهو مايخرج عن هذه الأسس. ولكن حكم ٣١ ديسمبر ١٩٢٨ هو الذى يتعلق بأسس تغير الإلتزام، لأن فى هذا الحكم الأخير ابطلت المحكمة الشرط الذى أدرجه طرفا عقد الإيجار، فى عقدهما، والذى بمقتضاه يلتزم المستأجر بأن يدفع للمؤجر أجرة سنوية بالفرنك الفرنسى، على أساس مايوازى ألف دولار ذهب، وبالتالى فهو من الأحكام التى تمثل معارضة لأسس تغير الإلتزام.

٤٦ - هذا فى القضاء الفرنسى، أما فى الفقه الفرنسى نجد أن العلامة Savatir من أشد المتحمسين للرأى الذى يذهب إلى القول بعدم مشروعية أسس

---

(1) Cass. Civ. Du 11 Fev. 1873. Op. Cit.

(2) Cass. Civ. Du 17 Mai 1927 - D.P. 1928-I-28.
Cass. Civ. du 31 Dec. 1928. D.H. 1929-I-33.
والحكم الأخير قضى ببطلان الشرط الوارد فى عقد إيجار منزل والذى بمقتضاه اتخذ دولار الذهب كمؤشر للأجرة السنوية التى يجب على المستأجر دفعها للمالك.

تغير الإلتزام. ففى تعليق له على بعض الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسى بعدم شرعية هذه الأسس، يقرر أن «مايفرض هذه الأحكام فى الوضع الحالى للقانون هو مبدأ القيمة الإسمية للعملة، أى الحيلة القانونية التى بمقتضاها يحتفظ الفرنك بنفس القيمة التى كانت له بالأمس، وتكون له، غدا، نفس القيمة التى له اليوم»(١).

وينضم البعض إلى Savatir فى عدم الرضا عن إدراج أسس تغير الإلتزام فى العقد. فمثل هذه الأسس «تؤدى إلى التملص الجزئى من دور العملة فى الوفاء»(٢)، مما حدا بالمشرع الفرنسى إلى التدخل لوضع حدود على شرعية مثل هذه الأسس(٣).

وفى مصر يذهب البعض إلى أنه إذا توقى الدائن انخفاض القيمة الفعلية للعملة الورقية واشترط أن يتم له الوفاء على أساس الذهب فإن الشرط أو الدالة باطل(٤)، كما ذهبت محكمة النقض إلى «أن التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر - وهو ماصدر بشأنه الأمر العالى فى ٢ أغسطس ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامى للعملة الورقية ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى نص على بطلان شرط الذهب فى العقود التى يكون الإلتزام بالوفاء فيها ذا صفة دولية تتعلق أحكامه بالنظام العام .... وعلى ذلك فلا يعتد بالشرط الوارد فى اتفاقية فارسوفيا الذى يقضى بأداء التعويض بما يعادل قيمة الذهب المبينة له من العملة الوطنية، إذ أن شرط الوفاء بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهبا ليس إلا تحايلا على القانون»(٥).

---

(1) D. 1952 - J - 413.

(2) (3) GERARD FARJA, Droit Prive de l`economie, 2 Theorie des obligations, Op. Cit. P. 224.

(٤) محمد كمال عبدالعزيز - التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - المرجع السابق - ص ٣٥٨ - وهو بذلك يعتبر من المعارضين لشرط دالة الإلتزامات.

(٥) نقض مدنى بجلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ فى الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٣٢ ق - م نقض م - س ١٨ - ص ٩٠٧ - ق ١٣٨.

كذلك نقض بجلسة ١٩٧٧/٧/٢٦ فى الطعن رقم ٢٦٩ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - س ٢٨ - ص ١٥٥٦ رقم ٢٦٩، وهو ما يعنى معارضة محكمة النقض لشروط دالة الإلتزام.

٤٧ - ويستند الرأى القائل بعدم شرعية أسس تغير الإلتزام إلى عدة حجج، تجمل فيما يلى:

الحجة الأولى :

تقوم على نص المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى[١]، المقابلة لنص المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى. فالمادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأن «الإلتزام المتولد عن إقراض النقود لا يكون دائما إلا برد المبلغ المذكور فى العقد». والمادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «إذا كان محل الإلتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو إنخفاضها وقت الوفاء أى أثر». فهذان النصان، وإن كانا يتحدثان عن عقد القرض، إلا أنهما يسريان على كافة العقود، إذ لا محل للتمييز بين عقد القرض وغيره من العقود[٢]. فالفقه الفرنسى يرى أن نص المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى ذو نطاق عام. وهو أمر لا يحتمل أى شك بالنسبة لنص المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى إذ أن المشرع أوردها ضمن الكتاب الأول من القسم الأول، وهو الكتاب المخصص لـ «الإلتزامات بوجه عام».

ويجد نص المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى أساسه فى أنه فى ظل الإستقرار الإقتصادى الذى ساد العالم طوال القرن الثامن عشر، الذى وضع

---

(1) J. PELLERIN: Les clauses relatives a la repartition des risques financiers entre cocontractants, Op. Cit. P. 465.
E. S. de la MARNI ERRE: observation sur l`indexation comme mesure de valeur, R.T.D.C., 1977, P. 59 - No 3.

(2) M. la conseiller MIHURA: Note a la semane juridique - 1953 - 7 - 840.
MAROI RIST: L`echelle mobile dans les contrats et les jngements, Op. Cit. P. 98.

فى بدايته القانون المدنى الفرنسى، يصعب قبول أى فكرة تعتدى على نسبية النقود، بمعنى أن قيمتها فى قوتها الشرائية(١). وهذا الأساس لنص المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى يهدم فى نظر خصوم إسس تغير الإلتزام، أى حق لأطراف الرابطة العقدية فى إدراج أسس تغير الإلتزام فى عقودهم.

الحجة الثانية :

تتمثل فى أن إدراج أسس تغير الإلتزام فى العقود، يؤدى إلى أن يفقد العقد الكثير من صفاته الأساسية. إذ أن من أهم صفات العقد قوته الإلزامية، وكون الإلتزامات الناشئة عنه محددة، إضافة إلى أنه وسيلة ضمان للمستقبل. وإدراج أسس تغير الإلتزام فى العقود سيمحو هذه الصفات. فكما يقول البعض أن «فى الوقت الذى إعتاد رجل القانون على أن يرى عناصر محددة (فى العقد) من أجل وثمن وموضوع سيواجه عناصر متغيرة: ثمن خاضع للمعدل، موعد مشروط، وموضوع متسع»(٢)، وهو مايثير الإضطراب فى نظرية استقرت زمنا طويلا فى الأذهان على أنها وسيلة ضمان وثقة، فى نفس الوقت، وهى نظرية العقد.

الحجة الثالثة :

تقوم على أساس أن إدراج مثل هذه الشروط يتنافى ومبدأ المساواة أمام أعباء التضخم المالى. فالمواطنون يجب أن يتحملوا جميعا أعباء التضخم المالى بإعتبارها ضرائب. لكن إدراج أسس تغير الإلتزام يؤدى بجانب من المواطنين (الدائنون فى أغلب الأحوال) إلى أن يحملوا الجانب الآخر (المدينون فى أغلب الأحوال) بأعباء التضخمات المالية، أى ينقلوا إليهم عبنا ضريبيا يجب أن

---

(1) L. MOURGEON: Le pret d`argent, 1965, Sirey, No 203, P. 126.

(2) REGIS FABRE: Les clauses d`adaptation dans les contrats, R.T.D.c., 1983, 1; P. 29, No. 79.

يتحملوه هم(١). فلو إفترض واشترط المؤجر، فى عقد الإيجار، على المستأجر أن تكون الأجرة مرتبطة بأساس معين، وليكن سعر أحد مواد البناء كالاسمنت، مثلا، وحدث، بعد ذلك، تضخم مالى ترتب عليه ارتفاع فى أسعار المواد والسلع، ومنها الإسمنت. فإن المستأجر سيلتزم برفع قيمة الأجرة بما يتفق مع هذه الزيادة، ويكون قد تحمل بكل آثار التضخم المالى، وهو مايتنافى مع مبدأ هام من المبادىء التى تحكم نظرية العقد، وهو مبدأ حسن النية فى التنفيذ.

الحجة الرابعة:

والتى يستند إليها القائلون بعدم مشروعية أسس تغير الإلتزام فى العقود، فتقوم على إعتبارات السياسة الإقتصادية. فالسماح بإدراج أسس تغير الإلتزام فى العقود سيترتب عليه أزمة ثقة فى العملة الوطنية(٢)، لأن الأفراد سيحدون من إستخدامها فى معاملاتهم وسيلجأون بدلا منها إلى المعدل. وهذا السلوك سوف يؤدى، تدريجيا إلى أن يشعر المواطنون بأن العملة الوطنية صارت أمرا ثانويا، يخاطر من يلجأ إلى التعامل على أساسها. وتظهر خطورة هذه الحجة إذا ما أخذ فى الإعتبار مايقول به البعض من أن إدراج أسس تغير الإلتزام فى العقود يعجل بظهور التضخمات المالية(٣). ولذلك فإن الدولة تفرض سعرا إلزاميا لعملتها، الأمر الذى يعنى عدم إمكانية إدراج أسس تغير الإلتزام فى العقود.

---

(1) M. FREJAVILLEm Note dans J.C.P. 1948-II, No 4708.
VASSEUR: Note dans R.T.D.C., 1951, P. 431.

(2) HEINRICH REINECHER: L`influence de la depreciation monetaire sur les droits des obligations, II, Paris, 1982, P. 22.

(3) ANDRE TOULEMON: L`indice - or, R.T.D. comm. 1948, P.364. et evolution de la jurisprudence en matiere de clauses d`echelle mobile et de clauses de variation suvant indices, R.T.D. comm, 1951, P. 663.

٤٨ - تعرضت الحجج التى يستند إليها أنصار الرأى السابق للرد فى محاولة لهدم كل أساس لرفض أسس تغير الإلتزام فى العقود. فرد البعض على الحجة القائمة على السعر الإلزامى للعملة بأن هذه الحجة غير كافية. فالسعر الإلزامى للعملة لايعدو أن يكون وسيلة فنية لتخفيض العملة. وهذا التخفيض يمكن أن يتحقق بطرق أخرى: عن طريق تغير تسمية العملة، وعن طريق الإنخفاض الطبيعى للمعدن الذى تحدد قيمة العملة على أساسه(١)، الأمر الذى يدفع بالمتعاقدين إلى البحث عن وسيلة للحماية من هذا الإنخفاض. أيا كان سبب هذا الإنخفاض هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن السعر الإلزامى للعملة يهدف إلى فرض العملة الوطنية، على الكافة، كوسيلة وفاء، فى حين أن أسس تغير الإلتزام تهدف إلى خلق وسيلة حساب بين المتعاقدين، مع الإحتفاظ للعملة الوطنية بقوتها كوسيلة وفاء. أى أن المتعاقدين، فى أسس تغير الإلتزام، لا يهدفون إلى خلق وسيلة وفاء جديدة غير العملة الوطنية، الأمر الذى لا يمس السعر الإلزامى للعملة(٢). فالقوانين المتعلقة بالسعر الإلزامى للعملة لا تتعارض إذن، مع الإعتراف بشرعية أسس تغير الإلتزام(٣)، مادامت هذه الأخيرة تهدف فقط إلى خلق وسيلة حساب لكم الإلتزامات المتبادلة بين المتعاقدين.

أما الحجة التى تستند إلى نص المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى، والتى تقابلها المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى، فقد تبارى

---

(1) MARCEL FREJAVILLE. Les clauses d`echelle mobile, D. 1952, chornique P. 31.

(2) L. MOURGEO: N. le pret d`argent, Op. Cit., No 203. P. 126.
E.S. de la MARNIFRRE, Observation sur l`indexation comme mesure de valeur. Op. Cit., P. 54.

(3) M. MAURICE TANCELIN, L`adaptation des rapports juridiques de droit prive aux circonstances economiques au conada et en particulier dans la province de Quebec, travaux de l`association de HENRI CAPITANT, T.XXIII, 1971, P. 429.

الفقهاء الفرنسيون(١) فى الرد عليها، مستندين إلى أن هذا النص يتعلق فقط بمبلغ النقود المذكور عددها فى عقد القرض(٢)، ولا صلة لها بالمؤشرات التى يربط بها المتعاقدون مقدار إلتزاماتهم. فطبقا لنص المادة ١٨٩٥ (١٣٤ مدنى مصرى) لا يجوز للمقرض أن يطالب المقترض بأكثر من العدد المذكور، من الوحدات النقدية، فى عقد القرض، فى حين أن الإلتزام المرتبط، فى كمه، بمؤشر معين، لم يتحدد بعدد مقداره. فهذا المقدار لا يتحدد إلا بعد إعمال قواعد الحساب، لحسابه طبقا للمؤشر المتفق عليه بين الطرفين، وبالتالى، لا تكون، للمادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى أو المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى، هناك أى علاقة بمؤشرات أسس تغير الإلتزام.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن نص المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ١٣٤ التى تقابلها من القانون المدنى المصرى. وأن سلمنا، جدلا، بإنهما يتعلقان بدالة الإلتزام، إلا أنهما من القواعد المكملة التى لا يعمل بأحكامها إذا اتفق الأطراف على حكم مخالف(٣). فإن اتفق المتعاقدان على

---

(1) J. Ph. LEVY, Note Sur l`arret de trib. Com. Charalles, 1er Fevrier, 1949, J.C.P., 1949, II, Jurisprudence, No 4867.
ANDRE TOULEMON, evolution de la jurispcudence en matiere de clauses d`echille molile et des clauses de variation suisvnt indices, Precite, P. 663.
M. MAURICE TANCELIN, l`adaptation de rapports juridiques de droit prive aux circonstances economiques au canda et en particulier dans la province de quebec, precite, P. 411.
E.S. de la MARNIERRE, observations sur l`indexation comme mesure de valeur, precite, P. 54.

(2) J.P.h. LEVY, Note precite.
ANDRE TOULEMON, evalution de la jurisprudence en matiere de clauses l`echelle mobile et des clauses de variation suivant indices, precite, P. 671, TX.

(3) J. Ph. LEVY, Note Preciti.
ANDRE TOULEMON: evolution de la jurisprndence en matiere clauses d`echelle mobile et de clauses de variation suivant indices, precite, P. 673, XI.

=

حكم مخالف، وجب إعمال اتفاقهما وطرح الحكم الوارد فى المادتين المذكورتين، بإعتبارهما من القواعد المقررة.

مجمل القول، لا يمثل نص المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى ونص المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى حجر عثرة أمام أسس تغير الإلتزام، باعتبار أن أيا من المادتين لاتتصل بدالة الإلتزام أو، على الأقل، باعتبارهما لاتتعلقان بالنظام العام، لو سلمنا جدلا باتصالهما بأسس تغير الإلتزام.

والحجة القائمة على أن السماح للمتعاقدين بإدراج أسس تغير الإلتزام، فى عقودهم، يقود إلى أن يتهرب بعض المواطنين من إلتزامات يجب، طبقا لقواعد العدالة، أن يتحملونها، وينقلون عبء التضخم المالى إلى جانب آخر من المواطنين، لا ذنب لهم فيه، لأن هذه الإلتزامات تمثل عبنا ضريبيا حقيقيا يقع على عاتق الأولين. هذه الحجة مردودة بأنه إن أمكن أن تكون لتخفيض قيمة النقود الناتج عن التضخم بعض الآثار التى تقترب من آثار فرض الضريبة، إلا أن الفارق فى الطبيعة، بين فرض ضريبة وانخفاض قيمة العملة بسبب التضخم، يظل واضحا جليا(١). فتشبيه انخفاض قيمة النقود نتيجة التضخمات المالية بفرض ضريبة، تشبيه مع الفارق.

= M. MAYUICE TANCELIN, L`adaptotion des rapports juridiques de droit prive aux circonstances economiques au canada et en prticulier dans la province de Quebec, precite, P. 429.
E.S. de la MARNIERRE, observation sur l`indexation comme mesure de valeur, Op. cit., No. 3, P. 59.

وقد قال الفقه الكندى بنفس الحكم بالنسبة لنص المادة ١٧٧٩ من القانون المدنى لمقاطعة الكوبيك، راجع:

M. MAURICE TANCELIN: l`adaptation du rapports. juridiques de droit prive aux circonstances economiques au Conada et en prarticulier dans la province de Quebec- Precite - P. 429.

إذ اعتبر أن الحكم الوارد بها حكما مكملا لإرادة المتعاقدين لايعمل به إن اتفق الطرفان على خلافه.

(1) J. Ph. LEVY, Note Op. Cit.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه حتى لو سلمنا بأن لانخفاض قيمة العملة بفعل التضخمات المالية نفس آثار فرض الضريبة، فإنه ليس ثمة مايمنع الأطراف المتعاقدة من الإتفاق على نقل عبء ضريبى مفروض على أحدهما إلى عاتق الطرف الآخر[١]. الأمر الذى تصبح، معه، الحجة المستندة إلى فكرة نقل العبء الضريبى بلا سند من القانون، حتى لو سلمنا، جدلا، بسلامة تشبيه إنخفاض قيمة العملة بفعل التضخم المالى بفرض الضريبة.

وفى الأخير، فإن رأى REGIS FABRE لا يعلو على الرد. لأنه لا يشير، فى ذاته، إلى اعتراض على إسس تغير الإلتزام، وإنما يشير، فقط، إلى صعوبة عملية تواجه رجل القانون: فبدلا من أن يكون الثمن محددا فى العقد، سيكون، بإدراج أسس تغير الإلتزام، فقط قابلا للتحديد، وبدلا من أن يكون الإلتزام مجردا، سيكون مشروطا. وهذا وذاك لن يؤثرا من وجهة نظرنا، فى نظرية العقد. فمن المقرر أنه يستوى أن يكون الإلتزام معينا أو قابلا للتعين، طالما أن عناصر تعيينه ليست مجهلة من ناحية، ولا تتوقف على محض إرادة المدين، من ناحية أخرى.

٤٩ - هذه حجج خصوم أسس تغير الإلتزام فى العقود والرد عليها. وعلى كل حال، فإن هذا الرأى المعارض لحق المتعاقدين فى إدراج أسس تغير الإلتزام فى عقودهم، يمكن أن نطلق عليه، بعد تدخل المشرع الفرنسى[٢]، وإباحته، أسس تغير الإلتزام فى حدود معينة، يمكن أن نطلق عليه الفقه الكلاسيكى. وهو اتجاه أصبح مهجورا الآن فى الفقه والقضاء الفرنسيين. إذ أن الفقه يكاد يجمع على حق المتعاقدين فى إدراج أسس تغير الإلتزام فى عقودهم، وإن الخلاف بين الفقهاء أصبح ينحصر فى مدى هذا الحق.

(١) وهو مايحدث عملا فى الواقع إذ أن معظم من تفرض عليهم الضريبة ينقلون عبأها إلى آخرين، كما فى ضريبة المبيعات مثلا التى يحملها التجار على الثمن وينقلونها، بالتالى، إلى المستهلكين.

(٢) بمقتضى الأمر رقم ٥٨/١٣٧٤ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨، المعدل بالأمر رقم ٥٩/٢٤٦ الصادر فى ٤ فبراير ١٩٥٩.

المطلب الثانى

الرأى القائل بشرعية أسس تغير الإلتزام

٥٠ - على طرف نقيض من الرأى السابق، نجد جانبا كبيرا من الفقه(١) يذهب إلى أن إدراج أسس تغير الإلتزام فى العقود حق للمتعاقدين يجب أن يعترف بشرعيته بلا حدود، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

فالتاريخ يعطينا الكثير من الأمثلة الواضحة على حدوث التقلبات الإقتصادية الناتجة عن الحروب، أو الأزمات، أو التقدم الفنى والتكنولوجى. هذه التقلبات الإقتصادية، التى تترك آثارا واضحة على العلاقات التعاقدية القائمة وقت حدوثها، أوحت للكافة بالبحث عن وسيلة تحافظ على التوازن الإقتصادى للعقد، منذ لحظة نشوئه وحتى لحظة الإنتهاء من تنفيذه.

فى البداية، وجد المتعاقدون ضالتهم فى شرط الدفع بالذهب أو بالفضة، أو شرط الدفع بعملة أجنبية. لكن بعد أن جرى القضاء، مؤيدا فى ذلك من قبل الفقه، على نحو مارأينا، على بطلان شرط الدفع بالذهب(٢)، وشرط الدفع بعملة أجنبية(٣)، لمخالفتها لأحكام النظام العام الإقتصادى، لأنها تضر بمركز العملة الوطنية، لجأ المتعاقدون إلى أسس تغير الإلتزام، وهى شروط يجب أن يتقيد بها كل من المتعاقدين والقاضى، عملا بنص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، والمادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى. وقد أيد الفقه شرعية هذه الشروط.

---

(1) ANDRE TOULEMON, L`indice – or Op. Cit., P. 364. et evolution de la jurisprudence en matiere de clauses d`echelle mobile et de clauses de variation suivunt indices, Op. Cit., P. 663.
MARIO RIST, L`echelle mobile dans les contrats et dans les jugements, pricite.
J. Ph. LEVY, Note prcite.

(2) Cass. Civ. du 11 Fev., 1873, Pricite.

(3) Cass. Civ. du 10 Mai 1966, D. 1966, P. 497.

ولم ينكر القضاء الفرنسى حق المتعاقدين فى إدراج أسس تغير الإلتزام فى عقودهم. بل نجده، فى بعض احكامه، يشير إلى تبنى هذه الأسس(١)، بدون أن يورد عليها أى قيود. فـ «تحت ضغط الواقع يتغير تدريجيا مجال قاعدة السعر الإلزامى (للعملة) كلما تلمس المجهود الطبيعى والتلقائى لكل فرد فى المحاولة على المحافظة على القيمة الحقيقية التى لا تضمنها العملة»(٢).

٥٤ - ويستند أنصار الرأى القائل بشرعية أسس تغير الإلتزام إلى عدة حجج(٣)، تؤيد وجهة نظرهم، هى:

الحجة الأولى:

تستند على مبدأ هام من المبادىء التى تحكم القانون المدنى، بوجه عام، ونظرية العقد، على وجه الخصوص، وهو مبدأ سلطان الإرادة، وما يتولد عنه من حرية فى التعاقد(٤،٥). فإذا كان المشرع قد أباح، طبقا لهذا

---

(1) Cass. Civ. (ch. de Requites) 1 aut 1929, D, 1929, P. 411.

(2) ANDRE TOULEMON, evolution de la jurisprudence en matiere de clauses d`echelle mobile et les clauses de variation suivant indices, Precite, P. 669.

(٣) بالإضافة إلى ردهم حجج الرأى المعارض، على النحو الذى رأيناه سابقا.

(4) M. MAURIC TANCELIN, L`adaptation des rapparts juridiques des droit prive aux circonstances economiques au Conada et en particulier dans la province de quebec, Precite, P. 429.
ACHILLE MESTRE et EMILE JAMES, La clause - or, Op. Cit. P. 165.

(٥) تنص المادة ١/١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى على أن «الإتفاقات المبرمة بصفة شرعية تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها» وتنص المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى المصرى على أن «العقد شريعة المتعاقدين».

النص، للأفراد الإتفاق على إدراج مايشاءون من الشروط التى لا تخالف قواعد النظام العام والآداب الحميدة، فإن هذه الإباحة يجب أن يعترف بها، وبما يترتب عليها من آثار، من أهمها التسليم بترتيب آثار هذه الشروط. فالأفراد أعلم بأمور دنياهم، وبالتالى، فإن لهم أن يتفقوا على تنظيم شئون مستقبلهم بإبرام العقود، وإدراج مايشاءون من شروط فى هذه العقود، مادامت هذه الشروط فى حدود النظام العام والآداب.

فإذا كانت المادة ١/١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى تمنع القاضى من التدخل فى العقود، كمبدأ عام، إلا أنها «تحث الأطراف على تنظيم إتفاقاتهم بحرية، مع الأخذ فى الإعتبار إحتمالات»(١) ومخاطر المستقبل، وذلك، بالطبع، بإدراج مايشاءون من شروط تجنبهم، أو تجنب أحدهم، هذه المخاطر وآثارها السيئة على التوازن الإقتصادى للعقد. وهذا الإحتياط سيكون بإدراج أسس تغير الإلتزام فى عقودهم، الأمر الذى يقود إلى القول بضرورة الإعتراف بشرعية هذه الشروط.

والحجة الثانية:

تتمثل فى أن تقرير بطلان أسس تغير الإلتزام يمثل خرقا واضحا للثقة المشروعة بين الأفراد(٢)، وخروجا جليا على قواعد الأخلاق. فالمتعاقد الذى يبرم عقدا مدرجا فيه شرط دالة الإلتزام، يرتب أموره المستقبلية فى ضوء وجود هذا الشرط، وبناء على ثقته فى المتعاقد الآخر. فإذا تقرر قبول إدعاء هذا الأخير بطلان شرط دالة الإلتزام، أعتبر ذلك إخلالا بالثقة التى وضعها الأول فى العقد، فى مجموعه، ورتب شئونه على أساسها. «ويجب إعتبار طلب بطلان الشروط لا أخلاقى، لأن طالب البطلان، بعد أن

---

(1) REGIS FABRE. :Les clauses D`adaptation dans les contrats. R.T.D.E., 1983, No. 8, P. 5.

(2) E.S. de la MARNIERRE, observation sur l`intexation comme mesure de valeur, Op. Cit., No 4, P. 60.

وافق، وربما حصل على شروط كلها إمتيازات، عوضا عن ذلك، يتنكر لوعده ويطلب إبطال التزامه»(١)، خارقا، بذلك قاعدة من أهم قواعد الأخلاق بالنسبة للقانون، وهى قاعدة الوفاء بالعهد المقطوع.

والحجة الثالثة :

لانصار أسس تغير الالتزام تستند إلى مبادىء العدالة، فمن العدل أن يسمح للدائن، فى العقود الملزمة للجانبين، فى أن يستحصل على قيمة الآداء الذى يلتزم به. وهذا لا يمكن تحقيقه إلا بإدراج أسس تغير الإلتزام فى العقود، فى عصر التقلبات الإقتصادية. فأساس تغير الإلتزام هو الذى يجنب المتعاقدين آثار التغيرات الإقتصادية التى تؤثر فى أحد الآداءات، بارتفاع قيمته أو بانخفاضها(٢). فلو اشترط البائع فى عقد البيع بالتقسيط، على أن يكون القسط الذى يدفعه المشترى سنويا يساوى ثمن عشرة أطنان من الإسمنت وتقرر بطلان هذا الشرط، ستكون النتيجة، أن يصيب البائع غبن فى حالة ارتفاع الأسعار أو يصيب الغبن المشترى فى حالة إنخفاضها، ويكون إجبار البائع على قبول القسط، فى الحالة الأولى، وإجبار المشترى على آدائه، فى الحالة الثانية، على، أساس السعر السائد وقت التعاقد. منافيا لقواعد العدالة.

أما الحجة الرابعة :

التى يستند إليها الرأى القائل بشرعية أسس تغير الإلتزام، فتقوم على أن هناك بعض التشريعات التى تمثل تطبيقات خاصة لقدرة الأفراد على إدراج

---

(1) J. Ph. LEVY, Note, Precite.
E.S. de la MARNIERRE, observation sur l`indexation comme mesure de valeur, Precite, No. 4, P. 60.

(2) M. PIERRE CATALF, les effets de la depreciation monetaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil Francais, Op. Cit., P. 460, No 14.

أسس تغير الإلتزام. والقول بشرعية هذه الأسس هو مايتفق وهذه التطبيقات التشريعية(١)، ففى كندا، مثلا، يسمح القانون الخاص بالإفلاس للمقرض بأن يدرج شرطا، فى عقد القرض، يسمح له بأن يتلقى من المقترض فائدة بسعر يختلف بحسب الأرباح المحققة فى التجارة أو لدى الشركات التجارية، أو أن يتلقى جزءا من هذه الأرباح(٢).

صفوة القول، أن أنصار أسس تغير الإلتزام، يقولون بشرعية هذه الأسس بلا قيد ولاشرط، وبالتالى، يكونون على طرف نقيض مما يقول به أنصار الرأى السابق.

---

(1) M. MAURICE TANCELIN, l`adaptation des rapports juridiques de droit prive aux circonstances econmiques au Canada et en particulier dans la province de Queliec Precite, P. 426.

(2) M. MAURICE TANCELINE, Op. Cit., P. 426.

المطلب الثالث

تقييد شرعية أسس تغير الإلتزام

٥١ - من العرض السابق يمكن إعتبار الرأيين السابقين متطرفين فى إتجاهيهما: لذلك، لم يسير القضاء على أى من الرأيين، كما أن الفقه، فى مجموعه، يميل إلى القول برأى وسط، وهو شرعية أسس تغير الإلتزام فى حدود وبشروط معينة. والسبب فى مسلك القضاء والفقه، هذا، هو خطورة تبنى أى من الإتجاهين السابقين، إذ «ستكون هناك خطورة إجتماعية جسيمة فى السماح بإدراج الشروط التى تهدف إلى علاج هبوط قيمة العملة فى كل العقود، لأن ذلك سيسمح للدائنين بأن يفرضوا على المدينين بمبالغ من النقود عبء التقلب الإقتصادى. وبالمثل، سيكون هناك خطر جسيم فى إعلان بطلان كل هذه الشروط لأن ذلك سيحرم كل الإتفاقيات التى تقرر الدفع أو الوفاء الممتد، أو أنه سيسمح بتنفيذها فى ظل ظروف غير عادلة»(١).

ورغم أن الفقه، فى معظمه، مجمع على الإعتراف بشرعية أسس تغير الإلتزام فى حدود معينة، إلا أنه متفرق الرأى بصدد وضع معيار يحدد، بصفة واضحة، الحدود التى يجب أن يقف عندها الإعتراف بشرعية هذه الأسس. وبمعنى آخر، اختلف الفقهاء فى الإجابة على سؤال متى تعتبر أسس تغير الإلتزام مشروعة، ومن ثم يعترف لها بحق إعمال آثارها؟ ومتى تعتبر هذه الشروط غير مشروعة ولايجوز لها، بالتالى، إعمال آثارها؟

سنذكر فيما يلى، بعض المعايير التى قيل بها للإجابة على هذا التساؤل، لنستوضح، منها، الإطار العام لهذا الرأى الذى يتخذ موقفا وسطا

---

(1) GEORGES RIPERT, not sur l`arret du 2 avr. 1951, cour d`appel d`Alx-en - PROVENCE, R.D. 1951, II, jurisprudence, P. 403.

وفى القانون الدولى يكون لكل دولة طرف فى المعاهدة الحق فى تنقيح هذه المعاهدة أن ادرج مثل هذه الشروط فيها. الدكتور محمد طلعت الغنيمى - أحكام المعاهدات فى الشريعة الإسلامية - دار غريب للطباعة والنشر - بدون سنة طبع ص ١٢٦.

من موضوع شرعية أسس تغير الإلتزام(١).

٥٢ - المعيار الأول:

ويقوم على التمييز بين مؤشر الذهب أو العملات الأجنبية من ناحية، وبين بقية المؤشرات من ناحية أخرى. ففيما بين الحربين العالميتين ذهبت المحاكم الفرنسية إلى القول بعدم شرعية أسس تغير الإلتزام فى حالة اتخاذ الذهب، أو العملة الأجنبية، كدالة(٢). واستندت المحاكم، فى ذلك، إلى أن اتخاذ الذهب أو الفضة أو العملة الأجنبية، يمثل اعتداء على العملة الوطنية وخروجا على القانون المالى، الذى تتصل أحكامه، فى نظر هذه الأحكام، بقواعد النظام العام.

وفى نفس الوقت أباحت هذه المحاكم أسس تغير الإلتزام المتخذة من أى من الأموال أو السلع كمؤشر لتحديد قيمة الإلتزام(٣). واستندت هذه الأحكام، فى ذلك، إلى أن مثل هذه المؤشرات لا تمثل خروجا على أحكام القانون المالى. فالقانون المالى، يمثل خروجا على مبدأ حرية التعاقد، وبالتالى يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا، بحيث لايشمل الشروط التى تتخذ من السلع أو الأموال دالة التزام.

---

(١) لمزيد من التفاصيل، يراجع:
MAROI RIST, l'echelle mobile, precite, P. 42.
JACQUES PELLERIN, Les clauses relatives a la repartition les risques Financiers entre cocontratants, these precite, P. 476.

(2) Cass. Civ. du 17 Mai 1927, R.D.H. 1928, 1, 28.
Cass. Civ. Du 31 Dece. 1928. R.D.H. 1929, 1, 33.

(3) Cass. Civ (Chambre des requetes) du 18 Fev. 1929, R.D.H., 1929, P. 113.
Cass. Civ. (Chambre des requetes) du 13 Mars 1929, R.D.H. 1929. P. 202.
Cass. Civ. (Ch.des requetes) du 1 Aout, 1929, R.D.H. 1929, P. 441.

وقد تبنى بعض الفقهاء(١) هذا المعيار للتمييز بين أسس تغير الإلتزام المشروعة وأسس تغير الإلتزام غير المشروعة جريا على نهج القضاء.

لكن معيار التمييز بين مؤشر الذهب أو العملات الأجنبية، من جانب، وبقية المؤشرات الأخرى، من جانب آخر، لايمكن التسليم به لعدة أسباب. من أهمها أنه لا يوجد مبرر للتمييز بين الذهب، وهو لايزيد عن كونه سلعة، أو العملة الأجنبية، وهى أيضا، سلعة فى السوق الدولى. وبين غيرهما من السلع. فإذا اعتبر اتخاذ المتعاقدين القمح، مثلا، مؤشرا لتحديد قيمة الإلتزام أمرا مشروعا، فما الذى يمنع من إتخاذهما الذهب أو الدولار الأمريكى مؤشرا، بدلا من القمح، مادام الدفع سيتم فى كل الأحوال بالعملة الوطنية؟ لا يوجد ما يمنع من ذلك. كذلك يؤخذ على هذا المعيار أنه بإقامة «فارق فى النظام بين شروط الذهب والعملات الأجنبية وبين شروط إتخاذ السلع الأخرى كمؤشرا أو اتخاذ أى مؤشر آخر، نقيم خطا فاصلا، يبدو تحكميا، بين وسائل تهدف جميعها إلى تحقيق نفس الغاية: الحماية من عدم الإستقرار المالى»(٢). فكل الشروط الحمائية من طبيعة واحدة، وتهدف إلى غاية واحدة هى حفظ التوازن الإقتصادى للعقد(٤).

٥٣ - المعيار الثانى:

يقوم على التمييز بين الشروط المبنية على التغيرات الإقتصادية والشروط المبنية على تغير القوة الشرائية للنقود. ففى تطور لاحق لمحكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى إقامة خط فاصل بين الشروط

---

(1) CAPITANT, note sous cassation 17 Mai 1927, D. 1927, Jursprudence, P. 233.
MARIO RIST, l`echelle mobile dans les contrats et dans les jugements, precile, P. 116.

(2) ANDRE TOULEMON, (L`indice, or, precite, P. 310.

(3) J. PH. LEVY not precite.

(4) J. PELLERIN, these, Op. Cit. P. 477.

المشروعة والشروط غير المشروعة، يقوم على التمييز بين ما إذا كان الآداء مستحق الدفع قد تحدد بالنظر إلى تغير الظروف الإقتصادية أم أنه تحدد بالنظر إلى انخفاض قيمة العملة. فيكون المؤشر الذى اتخذه المتعاقدان مشروعا فى الحالة الأولى وغير مشروع فى الحالة الثانية. لذلك قضت فى ٢٤ يوليو ١٩٢٩(١) بأن «الإيجار المحدد فى ضوء السعر الإلزامى (للعملة) والذى اتخذ من القوة الشرائية الفعلية، للعملة الفرنسية، القائمة على أساس المؤشر الرسمى لمدينة استراسبورج، فى وقت محدد، مع الإتفاق على أن كل تغير فى هذا الرقم يعطى الفرصة لتغيير مماثل فى سعر الإيجار، تحدد، فى نية الأطراف، ليس بالنظر إلى تغير الظروف الإقتصادية، ولكن بالنظر إلى تغير القوة الشرائية للعملة الفرنسية، وبالتالى، فإن مثل هذا الشرط، المحرر فى ضوء انخفاض الفرنك، يعد باطلا».

وبمثل هذا القضاء تكون محكمة النقض الفرنسية قد أوكلت للقاضى أن يبحث فى نية الأطراف. وبناء على مايستخلصه من هذه النية يقرر شرعية أو عدم شرعية أسس تغير الإلتزام، بحسب ما إذا كانت هذه الأخيرة قد تحددت بالنظر إلى تغير الظروف الإقتصادية، أم أنها تحددت بالنظر إلى تغير قيمة العملة الوطنية.

لكن هذا المعيار لم يسلم، بدوره، من النقد. فمن ناحية، أخذ عليه أن الإستناد إلى نية الأطراف المتعاقدة يقود إلى معيار تحكمى لايستند إلى إسس واضحة. إذ من الصعب معرفة مايدور بنفوس الناس، لأنه أمر يتعلق بالضمائر التى لا يعلمها إلا الله. هذا فى الوقت الذى يجب أن يكون فيه المعيار مستندا إلى وقائع ملموسة يمكن التحقق منها. وتزداد خطورة مسلك محكمة النقض الفرنسية هذا إذا ماعلمنا أنها اعتبرت بحث مادار فى نية المتعاقدين وقت اتخاذ الدالة أمرا يتعلق بالواقع يترك لقاضى الموضوع دون رقابة عليه، الأمر الذى سيقود إلى صدور أحكام متعارضة من المحاكم المختلفة فى هذا الخصوص(٢).

---

(1) G. de Tribe. 3 Fevrier 1940.

(2) MAROI RIST, L`echelle mobille dans les contrats et dans les jugements, Op. Cit., P. 37.

وانتقد هذا المعيار، من ناحية أخرى، على أساس أن اختلاف القوة الشرائية للنقود الوطنية يتوقف على الأسعار السائدة. وهذه الأسعار تختلف باختلاف الظروف الإقتصادية القائمة. ولذلك، فإن بين الظروف الإقتصادية القائمة فى بلد معين وبين القوة الشرائية لعملة هذا البلد علاقة ارتباط وثيقة، الأمر الذى يجعل من الصعب رسم خط فاصل بين المؤشرات التى تقود إلى تحديد كم الآداء بالنظر إلى الظروف الإقتصادية، وتلك التى تقود إلى تحديده بالنظر إلى القوة الشرائية للنقود(١).

٥٤ - أما المعيار الثالث:

فيقوم على التمييز بين الأداءات ممتدة التنفيذ والأداءات فورية التنفيذ. فإنطلاقا من مبدأ العدالة استند العلامة G.RIPERT إلى طبيعة الإلتزام المشروط، وأقام خطا فاصلا بين أسس تغير الإلتزام المشروعة وأسس تغير الإلتزام غير المشروعة.

فى البداية قرر G.RIPERT أن إبطال أسس تغير الإلتزام، بصفة مطلقة، يمثل خطورة كبرى على المعاملات. فالسير على ابطال أى شرط يتعلق بدالة الإلتزام يؤدى إما إلى أن يحجم الأفراد عن ابرام عقود ذات تنفيذ ممتد وإما إلى تنفيذ مايبرمه الأفراد من عقود - ان لم يحجموا عن ابرامها - بطريقة لا تتفق وقواعد العدالة.

ولاتقل، فى نظر G.RIPERT ، خطورة تقرير شرعية كل أسس تغير الإلتزام عن خطورة تقرير عدم شرعيتها. فتقرير شرعيتها سيؤدى بالدائنين إلى أن يحملوا مدينيهم كل نتائج الإختلال الإقتصادى، الأمر الذى لايتفق، أيضا، ومبادىء العدالة، لأن هذه الأخيرة تستوجب أن يشاطر الدائنون المدينين فى تحمل هذه النتائج(٢).

---

(1) MARIO RIST, L`echelle mobile dans les contrats et dans les jugoments, Op. Cit., P. 37.

(2) G. RIPERT, Not au Dalloz, 1951, P. 401.

فقواعد العدالة تأبى، إذن، القول بشرعية أو عدم شرعية أسس تغير الإلتزام، بصفة مطلقة، لذلك يرى G.RIPERT أن هذه الأسس تكون مشروعة فى العقود ذات الأداءات ممتدة التنفيذ. والسبب فى ذلك ان كل أداء يجب أن يقوم وقت حلول أجل تنفيذه، وإلا كان التقييم على خلاف ماتقضى به قواعد العدالة. وأسس تغير الإلتزام فى العقد يقوم بهذا الغرض فى العقود ذات الأداءات ممتدة التنفيذ. وعليه يكون إدراج شرط دالة الإلتزام مشروعا فى عقود الإيجار، والعمل، وعقد المرتب مدى الحياة، وغيرها من العقود ذات الأداءات ممتدة التنفيذ.

أما بالنسبة للعقود ذات الأداءات فورية التنفيذ، فإن G.RIPERT يرى عدم مشروعية أسس تغير الإلتزام فيها. ويؤسس ذلك على أن إدراج مثل هذه الأسس، فى هذه العقود، يؤدى بالدائن إلى أن يسترد من مدينه مبلغا يزيد عن قيمة الأداء المقابل (القرض أو ثمن المبيع، مثلا). وهو ما يمثل خروجا على قواعد العدالة، وخرقا صارخا لقواعد الأخلاق.

لكن لم يسلم التمييز الذى قال به العميد G.RIPERT من النقد. ففى الوقت الذى يستند فيه إلى أحكام العدالة للقول بشرعية أسس تغير الإلتزام فى العقود ذات الأداءات ممتدة التنفيذ، وببطلانها فى العقود ذات الأداءات الفورية التنفيذ، كالقرض والبيع، نجد أن رأيه هذا يخرق مبادىء العدالة وقواعد الأخلاق. فكما لاحظ البعض، بحق، «ان الأداءات، سواء كانت دورية التنفيذ أم فورية التنفيذ صب الدائن بها فى ذمة المدين أموالا، فى كل الأحوال، ذات قيمة. وأيا كانت هذه الأموال، حق حيازة، حق ممارسة، عقارا، أو مبلغا من النقود، فإن قواعد العدالة ومبادىء الأخلاق تقتضى أن يتلقى الدائن مقابل ماسبق وقدمه»(١). والقول بغير ذلك هو الذى لا يتفق وأحكام العدالة والأخلاق الحميدة(٢). لأنه سوف يؤدى إلى إثراء المدين بلا سبب مشروع على حساب الدائن.

---

(1) MARIO RIST, L`echelle mobile dans les contrats et dans les jugements, Op. Cit. P. 44.

(2) J. P.H. LEVY, Note au J.C.P., 1949, No. 4867,III.

كذلك يؤخذ على هذا الرأى أنه يقيم تمييزا تحكميا بين الصور المختلفة لأسس تغير الإلتزام، ليقول بصحة بعضها وببطلان البعض الآخر، تمييزا لا يستند إلى مبرر مقبول. فعلى سبيل المثال يجعل هذا الرأى الإلتزام بأداء ثمن المبيع فى الدائرة الممنوع فيها إدراج أسس تغير الإلتزام، فى حين أنه يجعل الإلتزام بأداء المرتب، فى عقد المرتب مدى الحياة. فى الدائرة المباح فيها إدراج مثل هذه الشروط. فإذا كان البيع بثمن يسدد على أقساط دورية فإنه لايختلف عن المرتب مدى الحياة، الأمر الذى لايقبل، معه، القول بشرعية أسس تغير الإلتزام فى عقد المرتب مدى الحياة، وعدم شرعيتها فى عقد البيع[١].

٥٥ - رأينا الخاص:

نرى أنه، إن كان هناك محل للتمييز فإنه يجب ألا يتعدى التمييز بين الشروط المتعلقة بإنشاء وسيلة حساب بخلاف العملة الوطنية، وتلك المتعلقة بإنشاء وسيلة وفاء بخلاف العملة الوطنية.

ففى الحالة الأولى، يتعلق الأمر بأسس تغير الإلتزام بمعنى الكلمة. وهى أسس يجب الإعتراف بشرعيتها بصفة مطلقة، إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية. فحرية الأفراد فى التعاقد تقتضى السماح للمتعاقدين بتحديد المضمون الذى يبتغيانه من عقدهم دون أى قيود. كما تقتضى أن يفرض هذا المضمون وجوده على المتعاقدين وعلى الكافة بمن فيهم القاضى الذى سيعرض عليه النزاع، مادام لا يخرج عن حدود النظام العام والآداب. والإستثناء الوحيد الذى يفرضه قيد النظام العام، يخص السلع الخاضعة للتسعير الجبرى، والعقود

---

(1) MAROI RIST, L`echelle mobile dans les contrats et dans les jngements, Op. Cit. P. 44.

الخاضعة لرقابة الدولة. فإذا كان العقد ينصب على سلعة خاضعة للتسعير الجبرى فإنه يحرم علي المتعاقدين إتخاذ وسيلة حساب لكم الأداءات المتولدة عنه، أو لبعضها، بخلاف العملة الوطنية، أى يحرم عليهما اللجوء إلى إدراج أسس تغير الإلتزام فى العقد. وعلة هذا الإستثناء أن ادراج أسس تغير الإلتزام فى العقود المنصبة على سلع خاضعة للتسعير الجبرى سيؤدى إلى أن يتحدد سعر مثل هذه السلع على خلاف الأساس الذى حدد المشرع سعرها فى ضوئه، الأمر الذى يمثل خروجا على قوانين التسعير الجبرى، والتى تتعلق أحكامها بالنظام العام(١). وإذا كان العقد من العقود التى تخضع لرقابة الدولة، كعقد العمل، وعقد إيجار المساكن، مثلا، قد يؤدى السماح بإدراج أسس تغير الإلتزام إلى خرق الأحكام الآمرة التى تخضع بمقتضاها هذه العقود لرقابة الدولة. لذا، نرى أن، فى هذه العقود، تعد أسس تغير الإلتزام مشروعة إذا لم تخرق الحماية التى قررها المشرع لأحد طرفى الرابطة العقدية، ولكنها تعد غير مشروعة إذا ترتب عليها إهدار للحماية التى قررها المشرع لهذا الطرف. ففى عقد العمل مثلا إذا كان إدراج أسس تغير الإلتزام فى العقد لصالح العامل كأن يؤدى إلى زيادة دورية فى أجره، اعتبر الشرط مشروعا. أما إذا أدى إلى أن فقد العامل جزءا من أجره، بحيث أصبح أدنى من الحد الأدنى المضمون للأجور اعتبر الشرط باطلا.

لذلك نرى: أنه فى صدد السلع الخاضعة للتسعير الجبرى تعد أسس تغير الإلتزام باطلة. لكنها لاتعد دائما كذلك فى العقود الخاضعة لرقابة الدولة. ففى الأخيرة تعتبر أسس تغير الإلتزام غير مشروعة فى حالة خرقها للأحكام الآمرة التى تخضع هذه العقود لرقابة الدولة فقط. وبمعنى آخر، يجوز فى خصوص هذه العقود اللجوء إلى دالة الإلتزام مادام إعمال هذه الدالة لا يؤدى

---

(١) يستفاد ذلك من ورودها بصيغة الأمر، بالاضافة إلى ورود جزاء جنائى يوقع على من يخرج عليها.

إلى خرق للقواعد الآمرة. فيجوز، بناء على ذلك، ربط أجر العامل بمستوى المعيشة، لأن مستوى المعيشة، طبقا للمجرى العادى للأمور، فى إرتفاع مستمر، الأمر الذى سيكون، معه، أثر إدراج شرط دالة الإلتزام، زيادة أجر العامل. وزيادة أجر العامل هو هدف رقابة الدولة لعقود العمل. لكن لا يجوز ربط أجرة المساكن بمستوى دخل المستأجر العامل، لأن ذلك سيؤدى إلى الإرتفاع المستمر للإيجار، باعتبار أن دخل العامل - طبقا للمجرى العادى للأمور - فى زيادة مستمرة. والزيادة المستمرة لأجرة الوحدات السكنية تتعارض وقصد المشرع من القوانين الخاصة بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر فى الوحدات السكنية. فهدف هذه القوانين وضع حد أقصى للأجرة حماية للطبقة المستأجرة.

هذا عن حكم الشروط المتعلقة بإنشاء وسيلة حساب خلاف العملة الوطنية. أما عن الحالة الثانية الخاصة بإنشاء وسيلة وفاء أخرى بخلاف العملة الوطنية، فإن الأمر لايتعلق بدالة التزام وإنما يتعلق بخلق عملة اتفاقية غير عملة الدولة أو يتعلق بعقد مقايضة، ليكون الشرط باطلا فى الحالة الأولى. ولنكون بصدد عقد المقايضة الذى تطبق أحكامه فى الحالة الثانية. فإذا اختار المتعاقدان الذهب أو الدولار الأمريكى كوسيلة وفاء اعتبر هذا الشرط باطلا لمساسه بالقوة الإلزامية لعملة الدولة(١)،(٢)، أما إن اختارا سلعة أخرى من السلع المتداولة، كوسيلة، وفاء فإننا نكون بصدد عقد مقايضة مشروع، تطبق أحكامه على الطرفين.

خلاصة القول، نرى أن أسس تغير الإلتزام، بمعناها الدقيق، مشروعة مادامت لاترد فى عقود تنصب على سلع خاضعة للتسعير الجبرى، ولا تخرج بالمعاملات الخاضعة لرقابة الدولة عن هدف هذه الرقابة، أى متى كانت لاتخرج عن الأحكام المتعلقة بالنظام العام.

---

(١) تستثنى من ذلك المعاملات الدولية، ففى مثل هذه المعاملات يجوز الإتفاق على الدفع بالذهب أو بأى عملة أجنبية.

(٢) وفى ذلك تقول محكمة التمييز السورية «أن القرار ١٨/ل/ بتاريخ ١٩٤٠/١/١٦ يمنع التعامل بالذهب ويقضى باعتبار العقود المعقودة به باطلة وفى هذه الحالة يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانت عليها قبل التعاقد (م ١٤٣٠ مدنى) وبالتالى تعاد الليرات الذهبية عينا لا مايعادلها من العملة السورية بحسب التعريفة الرسمية» (تمييز بجلسة ١٩٥٢/٢/٩ - مجلة القانون التى تصدرها وزارة العدل السورية .فهرس - أربعون عام - القسم الأول - مدنى - ١٩٩٢ - ص ٩٩١ من الفهرس).

المبحث الثانى

صور أسس تغير الإلتزام

٥٦ - لا نقصد بصور أسس تغير الإلتزام صور صيغ البنود التى يدرجها الأطراف فى عقودهم. فهذه الصيغ واحدة لاتتعدد ولا تتغير، ومضمونها ان الإلتزام يرتبط، فى قيمته، بمؤشر يتميز بالثبات النسبى. ولذلك فنحن نقصد دراسة صور المؤشرات التى يربط بها المتعاقدان التزاماتهما، كلها أو بعضها وذلك من حيث القيمة.

هذا. ولما كانت حرية المتعاقدين هى الأصل فى العقود، فإن لهما أن يختارا بحرية المؤشرات التى تتفق ومصلحتهما. وعليه، فإن المؤشرات التى يتصور أن تدرج فى العقود التى تعرفها الحياة اليومية لا تقع تحت حصر(١).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المشرع أشار، فى بعض العقود، إلى بعض المؤشرات التى سوف نذكرها. فى هذا المبحث. وهذا يعد تطبيقا تشريعيا لها، الأمر الذى يوجب علينا أن نتطرق إلى هذه العقود، والمؤشرات التى وردت تشريعيا بصددها.

على أن بحث صور أسس تغير الإلتزام لايقف عند دراسة بعض الصور التى يمكن للأطراف أن يلجأوا اليها، مع بيان بعض التطبيقات التشريعية لها، وإنما يقتضى، أيضا، بحث مشكلة الغاء المؤشر من التداول. فمن المتصور

---

(1) REGIS FABRE, les clauses d`adaptation dans les contrats, Precite. I,P.8, No. 22.

أن يلغى المؤشر الذى اختاره المتعاقدان، بل وحتى الذى نص عليه المشرع، من التداول، فتثور مشكلة معرفة مصير الإلتزام المحدد على أساسه.

بذلك تتضح لنا خطة دراسة هذا المبحث وهى على النحو التالى:

المطلب الأول : صور أسس تغير الإلتزام.

المطلب الثانى : تطبيقات تشريعية لصور أسس تغير الإلتزام.

المطلب الثالث : الغاء المؤشر من التداول.

المطلب الأول

صور أساس تغير الالتزام

٥٧ - فى الغالب الأعم يكون الأساس الذى يختاره المتعاقدان على صلة بنشاط أحدهما، أو مرتبطا بموضوع التعاقد.

لكن هذا ليس بقاعدة فقد يختار المتعاقدان دالة لا ترتبط بنشاطهما، ولا بنشاط أحدهما، ولا حتى بموضوع التعاقد. فقد يجد المتعاقدان مصلحتهما فى دالة غير ماذكر، لما ينسب لها من ثبات نسبى، أو لما تتميز به من كونها وسيطا عاما فى التداول بين الناس فى المجتمع.

وسنعرض فى هذا المطلب لأكثر صور الأسس شيوعا فى العمل، واحدا تلو الآخر، على النحو التالى:-

أولا : أساس أو مؤشر الذهب :

٥٨ - يعتبر شرط الدفع طبقا للذهب من أقرب الشروط ورودا إلى الذهن. فالذهب يتميز بالثبات النسبى فى أسعاره، كما يتميز بتأثيره الفعال فى أسعار السلع الأخرى. يضاف إلى ذلك أن أسعار الذهب واحدة، تقريبا، فى كل دول العالم. من أجل ذلك يلجأ المتعاقدون، كثيرا، إلى الذهب كمؤشر تحدد على أساسه التزاماتهم، أو التزامات بعضهم، أو أحدها، على اعتبار أن «المزايا الواضحة لمؤشر الذهب إنه يقدم للمتعاقدين ضمانة البضاعة الأكثر عمومية والأكثر استمرارية»(١).

وقد درجت المحاكم الفرنسية، من جانبها، على الإعتراف بشرعية أساس الذهب والزاميته للمتعاقدين، عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد. ففى

---

(1) ANDRE TOULEMON, L`indic - or, Precite, P. 373.

٤ ديسمبر ١٩٦٢ قضت محكمة النقض الفرنسية بمشروعية «أى شرط من شروط دالة الإلتزام لم تحرمه المادة ١٨٩٥ (من القانون المدنى الفرنسى) ... وبما أن الشرط محل النزاع لم يلزم المدين بالدفع بالذهب وإنما يسمح له بالوفاء بعملة البنك الفرنسى ... وبما أن الشرط الذى يعلق تحديد عدد الفرنكات واجبة الدفع على سوق قطع الذهب .... ليس محرما ... لهذه الأسباب يرفض الطعن»(١).

مثال : ونضرب مثلا لمؤشر الذهب، فى عقد إيجار الأماكن(٢)، يتفق المؤجر مع المستأجر على أن تقدر الأجرة السنوية للعين المؤجرة بما يساوى ثمن ثلاثمائة جرام من الذهب عيار ٢١ قيراط. ويكون الدفع بالعملة الوطنية.

وفى عقد البيع بالتقسيط يقدر القسط السنوى للمبيع بما يساوى ثمن خمسمائة جرام من الذهب عيار أربعة وعشرين قيراطا، ويكون الدفع بالعملة الوطنية.

وفى عقد المرتب مدى الحياة، يكون المرتب الشهرى واجب الدفع للمستحق موازيا لسعر عشرة جرامات ذهب عيار ثمانية عشر قيراطا، ويكون

---

(1) Cass. Civ. du 4 Decembre 1962, J.C.P., 1963, No 13033.
Cass. Civ. du 26 Novombre 1963, J.C. P., 1964, No. 13652.
كذلك درجت المحاكم السورية على الإعتراف بشرعية أساس الذهب. وفى ذلك قضت محكمة التمييز السورية بجلسة ١٩٥١/٢/٤ بأن «التعامل بالعملة الأجنبية مباح شريطة أن تتم التأدية بالعملة السورية بسعر شراء الشيك فى يوم ومكان الدفع المسحوب من مصرف إلى مصرف على البلاد التى كتب فيها التعهد بعملتها، مما يمتنع معه على المحاكم القضاء بغير العملة السورية». مجلة القانون التى تصدرها وزارة العدل فى الجمهورية العربية السورية - فهرس» أربعون عام» - القسم الأول - مدنى - ١٩٩٢ - ص ٩٩١.
وكذلك قضت محكمة النقض فى ١٩٦٩/٤/٢٩ بأن «مامنعه القانون هو تحرى العقود بالعملة الذهبية وليس سبق المفاوضة على أساس الذهب» - المرجع السابق - ص ٩١٠.

(٢) فى غير الأماكن الخاضعة لقوانين تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

الدفع بالعملة الوطنية، إلى آخر ذلك من الأمثلة والفروض التى يتفق فيها على اتخاذ الذهب معيارا أو مؤشرا أو دالة يحسب على أساسها كم الأداء واجب السداد.

ولايفوتنا، هنا، أن نشير إلى أنه يأخذ حكم الذهب كل معدن نفيس يتفق المتعاقدان على جعله أساس التزاماتهما، أو أحدها، كالياقوت والفضة وغيرهما.

ثانيا : أساس العملات الأجنبية :

٥٩ - لاتقل بعض العملات الأجنبية عن الذهب، فى أهميتها، كمؤشر يحدد التزامات المتعاقدين، أو أحدها، باستبعاد أثر الظروف الإقتصادية المتغيرة على هذه الإلتزامات. فقد تلاحظ فى عصرنا الحالى أن عملة الدولة التى قطعت شوطا كبيرا فى التقدم الإقتصادى والتكنولوجى تكتسح عملات الدول الأقل منها تقدما. والسبب فى ذلك زيادة الطلب على هذه العملة قصد تمويل الواردات من منتجات الدولة المتقدمة صاحبة العملة. يضاف إلى ذلك الشعور النفسى بالأمان عند حيازة عملة دولة متقدمة إقتصاديا، على عكس الحال عند حيازة عملة دولة نامية، أو متخلفة.

فمثلا، لم يعد خافيا على أحد ماوصل إليه الدولار الأمريكى والين اليابانى من ارتفاع أدى، فى المقابل، إلى هبوط بعض العملات الأخرى. ولهذا يشك المتعاقدون فى بقاء التوازن الإقتصادى للعقد على ماهو عليه عند التعاقد، خصوصا فى عقود البيع بالتقسيط، أو فى عقود التوريد، للسلع المستوردة أو السلع التى يدخل فى تكوينها عنصر مستورد، إذا اقتصر المتعاقدان على الإعتماد على العملة المحلية كوسيلة حساب ووسيلة دفع.

لذلك، لم يعد مستغربا أن يدرج المتعاقدان فى عقودهما شرط الدفع طبقا لعملة أجنبية يتم اختيارها طبقا لمصلحتهما، على أن يكون الدفع، بطبيعة الحال، بالعملة الوطنية.

وقد اعترف القضاء الفرنسي بشرعية اتخاذ العملات الأجنبية كمؤشر يحدد التزامات المتعاقدين، أو أحدهما. ففى حكم لمحكمة النقض الفرنسية ذهبت المحكمة إلى أن استخلاص المحكمة المطعون فى قرارها، من كون العقد لا يتعلق بمعاملة دولية، بطلان الشرط المتنازع فيه، فى الوقت الذى يستخلص من تقريراتها أن العقد لم يلزم المدين بالدفع بعملات أجنبية، ولكن يلزمه فقط بالدفع بالفرنكات الفرنسية طبقا لسعر العملة الأجنبية المتخدة كمؤشر يحسب على أساسه الأداء، يعد استخلاصا غير مبرر قانونا(١).

مثال: من الأمثلة العملية لاتخاذ العملات الأجنبية كمؤشر يحدد كم أداءات المتعاقدين أو أحدهما، أن يدرج المتعاقدان، فى عقد البيع بالتقسيط، شرط كون القسط السنوى يساوى بالعملة الوطنية مايوازى كذا أو كذا من الدولارات الأمريكية أو الينات اليابانية. كذلك، قد يدرج المتعاقدان فى عقد التوريد شرطا يقضى بأن قيمة السلعة التى ستورد سنويا تدفع بالعملة الوطنية المحسوبة على أساس سعر الجنيه الإسترلينى، أو أن يتفق المتعاقدان، فى عقد المرتب العمرى، على أن يكون القسط السنوى الذى سيدفع بالعملة الوطنية، مساويا، مثلا، لألف دولار أمريكى أو لخمسانة جنيه استرلينى ... الى غير ذلك من الأمثلة.

ثالثا : المؤشر السلعى :

٦٠ - قد يتخذ المتعاقدان من سلعة أو بضاعة(٢) معينة، تمتاز فى نظرهما بأهمية خاصة، لما لها من صفة الإستقرار فى السعر والعمومية فى التداول، مؤشرا يربطان به التزاماتهما أو أحدها فى كمه. فعن طريق اختيار هذه السلعة، كمؤشر، يختلف ثمن المبيع بالأجل، مثلا، عند حلول الأجل طبقا

---

(1) Cass. Civ. du 10 Mai 1966, J.C. P., 1996, No 14871.

(٢) خصصنا للذهب والعملات الأجنبية دراسة خاصة، رغم كونهما فى نظرنا سلعا، لما لهما من أهمية خاصة ولما اكتنف تاريخهما من شك فى مدى صلاحية أى منهما كأساس التزام.

لتغير سعر السلعة المتخذة كمؤشر[١]. فلو هبطت أسعار هذه السلعة هبطت قيمة الإلتزام المرتبط بها. ولو حدث العكس وارتفعت أسعارها ارتفعت قيمة الإلتزام.

هذا، ولاتخضع السلع التى يتخذ منها الأطراف مؤشرا للحصر. فاية سلعة، لم يحرم القانون التعامل فيها[٢]، يجوز أن تكون مؤشرا أو أساسا للإلتزام. فالحاصلات الزراعية، ومنتجات أحد المصانع، والمواد الأولية، والسلع الخدمية، وغير ذلك من السلع يصح أن تكون أساس التزام أو مؤشرا تحدد على أساسه التزامات المتعاقدين أو أحدها.

وقد أقر القضاء الفرنسى بشرعية الإتفاق الذي يتخذ من الحاصلات أو السلع مؤشرا يتحدد على أساسه كم التزام المدين فى الرابطة العقدية: ففى حكم لمحكمة النقض الفرنسية، فى صدد شرعية شرط اتخاذ القمح كأساس التزام فى عقد إيجار مزرعة، ذهبت المحكمة إلى أنه «يستنتج من العقد أن التسليم لا ينصب على القمح بالضرورة، وإنما ينصب على الثمن الذى يساويه وقت الاستحقاق، وهو الذى تبرأ به ذمة المدين. وهذا مايقود إلى أن الدين لايجب أن يدفع بأى عملة أخرى بخلاف صكوك البنك الفرنسى، كما يقود إلى أن قانون ٥ أغسطس ١٩١٤ لم يخرق»[٣].

مثال : نمثل لهذا المؤشر باتفاق المتعاقدين فى عقد إيجار مزارع

---

(1) Heinrich Reinecher, l`influence de lu depriciation monetaire sur les droits des obligations, II, Republique Fiederale d`Allemagne, 1982, P. 43.

(٢) لذلك لا يجوز أن يتخذ من المواد المخدرة أساس التزام، لأن القانون يحرم التعامل فيها. كما لا يجوز. فى القانون المصرى، أن يتخذ سعر حاصلات الدخان أساس التزام، لأن المشرع المصرى حرم زراعة الدخان فى مصر بموجب الأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونيو ١٨٩٠.

(3) Cass. Civ. du 18 Fevrier 1929, D. 1929, II, P. 113.
Cass. Civ. du 1 er Aucit 1929, D. 1929, II. P. 441.

الفواكه أو الأراضى الزراعية بصفة عامة(١). على أن إيجار الفدان سنويا هو مايساوى ثمن ستة قناطير من القطن المصرى. ونمثل له، أيضا، باتفاق المتعاقدين، فى عقد توريد مادة الحديد لمصنع الحديد والصلب، بأن ثمن طن الحديد الخام يساوى مرتب خبير هندسى لمدة ثلاثة شهور. فإذا تغير المؤشر (سعر قنطار القطن فى المثال الأول ومرتب الخبير الهندسى فى المثال الثانى) زيادة أو نقصا أدى ذلك إلى تغير التزام المستأجر أو المستورد فى نفس الإتجاه وبنفس النسبة.

رابعا : أساس نفقات التكلفة :

٦١ - فى الصورة السابقة لأساس الإلتزام يختار المتعاقدان سلعة معينة يربطان بها التزاماتهما، أو أحدها، فى قيمته، صعودا وهبوطا، تبعا لصعود أو هبوط هذه السلعة أو البضاعة أو الخدمة المختارة. ويكون اختيار هذه السلعة لما تتميز به من عمومية فى التداول أو استقرار فى السعر.

أما فى صورة ربط أحد الأداءات بنفقة تكلفته، وهى الصورة الحالية، فإن الأمر لا يقتصر على سلعة واحدة، بل يربط المتعاقدان قيمة هذا الأداء بأكثر من سلعة. فهما يربطانه بالسلع التى تدخل فى انتاج الأداء المقابل له. فخشية تغير الظروف الإقتصاديةورغبة من الأطراف فى المحافظة على التوازن الإقتصادى للعقد، يتفق المتعاقدان على أن الأداء المقابل لإلتزام أحدهما لا يتحدد بصفة نهائية عند التعاقد، وإنما يتوقف تحديده على اسعار المواد الداخلة فى تكوين الموضوع أو الأداء المقابل له. فهناك كثير من السلع الصناعية والزراعية التى تساهم فى تركيبتها مواد أخرى وأجور عمال. لذلك يشترط الأطراف بصددها - خصوصا فى المعاملات الممتدة الأجل - أن تتوقف قيمة الأداء المقابل على تكلفة هذه العناصر. وبمعنى آخر تؤخذ هذه العناصر كأساس التزام، يتحدد فى ضوئه آداء أحد المتعاقدين.

---

(١) بعد صدور القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى.

وتجد مؤشرات نفقات التكلفة «تطبيقاتها الأساسية فى عقود توريدات المصانع، طويلة الأجل، كما تجدها، أيضا، فى صناعة المبانى، وفى العقود المتعلقة، بتوريد القوى (الكهرباء، الغاز)»(١). وفى عقود الأطباء مع مرضاهم، متى شملت الكشف والعلاج والإقامة(٢)، كما يمكن تصورها فى عقد العمل بالمقطوعية.

وقد أقر القضاء الفرنسى شرط ربط قيمة الإلتزام واجب الآداء على المدين بتكلفة الإلتزام المقابل له(٣). أى اتخاذ نفقات التكلفة مؤشر التزام.

مثال: يصح أن يتفق المتعاقدان، فى عقد التوريد الذى يلتزم بمقتضاه مصنع الغزل والنسيج بتوريد حصة من منتجاته إلى أحد تجار الجملة، على أن السعر المتفق عليه للوحدة قابل للتغير طبقا لسعر التكلفة. فإذا تغير سعر التكلفة تبعا لتغير اسعار المواد الخام وأجور العمال والضرائب المفروضة على المصنع وتكلفة صيانة وتجديد الآلات، زيادة أو نقصا، تتغير، تبعا لذلك، الأسعار المتفق عليها عند التعاقد.

كذلك الأمر، قد يتفق المعالج - خصوصا فى الأمراض النفسية التى يحتاج علاجها إلى وقت طويل نسبيا - مع المريض على أن الأسعار المتفق عليها تتغير، زيادة أو نقصا، تبعا لتغير أسعار الأدوية وتكلفة الخدمة الخاصة بالإقامة.

---

(1) HEINRICH REINECKER, L'influence de la depreciation monetaire sur les droits des obligations, Op. Cit., P. 44.

(٢) خصوصا عند اجراء العمليات الجراحية التى تستغرق وقتا طويلا لتمام الشفاء منها، كذلك فى الأمراض النفسية.

(3) Cass. Civ. du 9 Fevrier 1974, J.C.P. 1974, II, No, 17806.

خامسا : أساس تكاليف المعيشة(١):

٦٢ - قد يلجأ المتعاقدان، من أجل المحافظة على التوازن الإقتصادى للعقد الى ربط التزاماتهما، أو احدها، بتكاليف نفقات المعيشة، أى بالمصاريف اللازمة شهريا لإعاشة أحد المتعاقدين (غالبا مايكون الدائن) وأفراد أسرته من مسكن وملبس ومأكل ومشرب ونفقات تعليم وعلاج وخلافه. فتعتبر نفقات المعيشة مؤشر التزام.

وتجد شروط ربط التزامات المتعاقدين أو أحدها بتكاليف المعيشة تطبيقاتها الأساسية فى عقود المرتبات العمرية أو عقود الإنفاق. فيحدد المرتب أو النفقة فى ضوء تكاليف المعيشة السارية وقت ابرام العقد، مع ربطه بالتغيرات التى تحدث فى أسعار هذه التكاليف من زيادة أو نقصان(٢).

ويجب أن يكون ملحوظا أن مؤشر تكاليف المعيشة لايختلط بمؤشر نفقات التكلفة. فمؤشر تكاليف المعيشة يقوم على أسعار مجموع مايحتاج إليه الدائن، فى حين أن مؤشر نفقات التكلفة يقوم على أسعار العناصر الداخلة فى تركيبة موضوع العقد.

كما يجب أن يكون ملحوظا، أيضا، أن البعض يشير إلى الصعوبة التى

---

(١) تجرى مراكز الحسابات العمومية فى مختلف الدول إحصاءات دورية عن السلع الضرورية لاعالة الأسرة، وأسعار هذه السلع وقت الإحصاء. ومن هذه الإحصاءات تستخلص مؤشرات تكاليف المعيشة استخلاصا تقريبيا. فمهما بلغت الدقة والاحتياطات فى إجراء هذه الإحصاءات، لابد وان يدخل عنصر التحكم فيها، سواء فيما يتعلق باختيار الأسرة المتخذ كنموذج أو فى اختيار السلع المعتبرة ضرورية، أو حتى فى الأسعار التى تنسب لهذه السلع. ولذلك فإن مؤشرات تكاليف المعيشة التى تنشرها مثل هذه المراكز لا تكون لها إلا أهمية تقريبية للمتعاقدين عند ربط احد التزاماتهما فى قيمته بها.
GEORGES MALIGNAC et ALFRED SAUVY, les indices du cout de la vie, Revue de Droit Social, 1955, P. 154.

(٢) وإن كان فرض انخفاض تكاليف المعيشة فرض نظرى، إذ السمة الغالبة هى زيادة نفقات تكاليف المعيشة.

تصادف أعمال هذا المؤشر، والتى تتمثل فى أن زيادة تكاليف المعيشة ترجع، بالإضافة إلى زيادة الأسعار، إلى تقدم مستوى المعيشة، وهو ما يثير التساؤل حول مايقصده المتعاقدان بمستوى المعيشة عند إدراج مثل هذا المؤشر فى عقودهم(١). ولكن هذه الصعوبة مبالغ فيها. فهى، من ناحية، لاتفترق عن أى صعوبة تواجه أى بند آخر من بنود العقد. وهى من ناحية أخرى، يمكن حلها باللجوء إلى القواعد العامة فى التفسير، خصوصا الإستناد إلى مبدأ حسن النية فى التعامل. وعلى هذا الأساس فإن مؤشر تكاليف المعيشة لا يفترق عن غيره فى الفائدة العملية.

مثال : قد يتفق المقرض مع المقترض، فى عقد قرض بمبلغ مائة ألف جنيه مصرى، على أن مبلغ القرض - بخلاف الفائدة المتفق عليها - سيكون عند الرد متناسبا فى مقداره، زيادة أو نقصا، مع ارتفاع أو انخفاض تكاليف المعيشة، طبقا لمؤشر تكاليف المعيشة الجديد، إذا ماتغير المؤشر المعمول به وقت ابرام العقد. فلو زادت تكاليف المعيشة بنسبة العشر يزيد المبلغ المقترض بنفس النسبة. أما إذا انخفضت تكاليف المعيشة بنسبة العشر فإن مبلغ القرض الواجب السداد سينقص بنفس النسبة. وقد تتفق نقابات العمال مع اتحاد أرباب الأعمال، فى عقود العمل الجماعية، على أن الأجور المنصوص عليها فى عقود العمل الفردية تخضع زيادة أو نقصا لمؤشر تكاليف المعيشة. فلو فرض وزاد مؤشر (٢١٣ مادة) فى مدينة باريس(٢) بنسبة ١٠٪ زادت أجور العمال تلقائيا بنفس النسبة، إعمالا للشرط الواجب فى العقود الجماعية.

---

(1) HEINRICH REINECKER, L`influence de la depreciation monetaire sur les droits des obligations, Op. Cit., P. 37.

(٢) إذ أدى الإرتفاع المستمر فى الأسعار، فى أعقاب الحرب العالمية الأولى، إلى تكوين لجان إقليمية فى المدن الرئيسية فى فرنسا، تقوم بمتابعة تكاليف معيشة الأسرة ونشرها. ثم أوقف نشر هذه المؤشرات بداية من عام ١٩٣٩. وبعد ذلك بفترة عاد العمل على نشر هذه المؤشرات، ولكن على أسس جديدة. وتولى مهمة النشر هذه المركز القومى للمحاسبات، مقيما هذا المؤشر على ٢١٣ مادة، ولذا يسمى مؤشر (٢١٣ مادة)، مقسمة على خمس مجموعات، كل مجموعة تشتمل على عدد من المواد الضرورية للمعيشة، وتكون حصيلة جمعها ٢١٣ مادة.

والمجموعات الخمس هذه، طبقا لموازنة ١٩٤٩ فى فرنسا، هى: التغذية، والتدفئة والإضاءة، وسلع مصنعة، وخدمات وسلع أخرى.

GEORGES MALIGNAC et ALFRED SAUVY, les indices de cout de la vie, R.D.S., Op. Cit, P. 154.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية شرط ربط الإلتزام بمؤشر تكاليف المعيشة. ففى حكم صادر لهذه المحكمة بتاريخ ١٩٥٢/٥/٢٠(١)، أقرت اشتراط ربط الإلتزام بمؤشر تكاليف المعيشة. على الرغم من أنها نقضت، صراحة، الحكم المطعون فيه، لعدم صحة الأساس الذى استند اليه الحكم المطعون فيه.

سادسا : أساس رقم الأعمال :

٦٣ - من صور مؤشر الإلتزام التى يتصور أن يلجأ إليها المتعاقدان، بقصد الإحتياط لتقلبات الظروف الإقتصادية، مؤشر رقم الأعمال. فالمتعاقدان يربطان أحد الإلتزامات المتولدة عن العقد باعمال الطرف المدين بهذا الإلتزام. فإذا نمت أعمال هذا الأخير، أو على العكس، أصابها الركود، بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، زادت، تبعا لذلك، قيمة الأداء فى الحالة الأولى، وانخفضت فى الحالة الثانية، وبنفس النسبة.

وتجد هذه الصورة من المؤشرات مجال تطبيقها الرئيسى فى عقود إيجار الخدمات، وعقود إيجار الأماكن بقصد مزاولة المهنة فيها، وخصوصا عقود إيجار المحلات التجارية. ففى عقد إيجار عين بالجدك ستستخدم كعيادة طبيب، قد يتفق المؤجر مع الطبيب المستأجر على أن الأجرة الشهرية ستكون بما يساوى نسبة ١٥٪ من دخل الطبيب الصافى الناتج عن مزاولته لمهنته فى العين المؤجرة. وبهذا الشرط يضمن المتعاقدان بقاء التوازن الإقتصادى للعقد على ماهو عليه وقت التعاقد، حتى لو تغيرت الظروف الإقتصادية فى المستقبل.

والصعوبة التى تواجه استخدام رقم الأعمال كمؤشر التزام تتمثل فى انه من الممكن ان يعترض عليه لما يثيره من صعوبات تخص تحديد رقم أعمال المدين. لكن يرد على هذا الإعتراض بأن صعوبة تحديد رقم أعمال الطرف

(1) Cass. Civ., Sec. Soc., du 20 Mai 1952, D, 1952, P. 413.

الملتزم أمر يتعلق بقواعد الإثبات، وبالتالى، تخرج عن نطاق موضوعنا. ثم أن هذا الإعتراض ليس بذى قدر كبير من الأهمية، فهذه الأعمال يلتزم ممارسوها بإمساك دفاتر تجارية، يمكن بواسطتها استخلاص رقم الأعمال، وبيان تطوره، زيادة أو نقصا، بسهولة تامة.

وما يجب أن نشير إليه هنا هو أن مؤشر رقم الأعمال لا يختلط بعقود المشاركة التى يلتزم فيها أحد الطرفين بتقديم مشاركته فى رأس المال، مكانا لمزاولة المهنة، ويلتزم الطرف الأخر بالمشاركة بمجهوداته، لأن الصورة الأخيرة عبارة عن شركة تتطلب نية المشاركة(١). ونية المشاركة هذه هى العنصر الغائب فى مؤشر رقم الأعمال، وبالتالى هى التى تحدد ماإذا كان الإتفاق عبارة عن عقد شركة، أم أنه عقد آخر يحوى مؤشر الإلتزام.

مثال : يمكن أن نمثل لهذا المؤشر باتفاق العامل مع رب العمل، فى عقد العمل الفردى، على أن الأجر الشهرى للعامل عبارة عن ٦٪ من الدخل الشهرى الصافى لرب العمل. فبهذا الشرط يضمن العامل أن دخله سيزيد مع تحسن الظروف الإقتصادية لرب العمل، ويضمن رب العمل أن التزامه قبل العامل سينخفض(٢) لو ساءت ظروفه الإقتصادية. وفى عقد إيجار لعين بالجدك ستتخذ محلا تجاريا يتفق المؤجر مع المستأجر على أن الإيجار السنوى للعين هو ٧٪ من رقم الأعمال الصافى للمستأجر. وهذا الشرط يحقق نفس المزايا للمؤجر والمستأجر على نحو ماحققه للعامل ورب العمل فى المثال السابق.

---

(١) الدكتور عبدالعزيز عزت الخياط - الشركات فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى - جـ ١ - ط ٢ (١٩٨٢) - طبع مؤسسة الرسالة بيروت - ص ١٢٧ ومابعدها.
JEAN ESCARRA, Cours de droit cammercial, 1952, Siry, Paris, P. 310.

(٢) بشرط ألا يقل ذلك عن الحد الأدنى المضمون للأجور.

سابعا : أساس الأجور والمرتبات :

٦٤ - يمكن أن يتخذ المتعاقدان من تطور الأجور والمرتبات للعمال مؤشر للإلتزام يتحدد على أساسه التزام المدين. ويساعد على إستخدام هذا المؤشر أن بعض المؤسسات تجرى، فى بعض الدول، إحصاءات تتعلق بتطور الأجور والمرتبات(١)، يمكن للمتعاقدين الإستناد إليها.

وتجد هذه الصورة، من صور ربط الإلتزام بأساس، مجال تطبيقها فى العقود الدورية، طويلة أو قصيرة المدة. فالإحصاءات سالفة الذكر تحدد، كل ثلاثة شهور، مؤشر الأجور والمرتبات، الأمر الذى يمكن المتعاقدين من تحديد الإلتزامات الواقعة على عاتق الطرفين بسهولة، لو أدرجا فى عقدهما شرط تحديد هذه الإلتزامات أو أحدها بالإستناد إلى مؤشر الأجور والمرتبات.

مثال : قد يتفق المتعاقدان، فى عقد قرض لمدة طويلة، على أن المبلغ الواجب الرد، فى نهاية مدة العقد، يكون بنسبة المبلغ المقترض إلى مؤشر الأسعار وقت التعاقد. فلو فرض وان عقد القرض ابرم فى أول يناير من عام ١٩٧٧ على أن ينتهى فى يناير ١٩٨٣(١)، فإن مبلغ القرض الواجب الرد - لو اتخذ المتعاقدان من مؤشر الأجور والمرتبات للعمال أساس التزام - سيكون بنسبة مؤشر الأجور والمرتبات فى يناير عام ١٩٧٧ إلى نسبة هذا المؤشر فى يناير ١٩٨٣. فلو علمنا أن الـ «.I.N.S.E.E» قد حدد الأجور فى يناير ١٩٨٣،

---

(١) مثل المؤشرات التى ينشرها بصفة دورية الـ «.I.N.S.E.E» فى فرنسا، ومنها مايتعلق بالأجور.

(٢) اتخذنا يناير ١٩٧٧ ويناير ١٩٨٢ كتاريخى اقراض وسداد، على التوالى، فى المثال عاليه لما لدينا، بشأنهما، من وثائق تتعلق بمؤشرات الأجور والمرتبات فى فرنسا، أجراها الـ «.I.N.S.E.E»، متخذا من يناير ١٩٧٧، نقطة الأساس، ومحددا أجور العمال الدوريين فى يناير ١٩٨٢ بـ٢,١٧١، وفى ابريل ١٩٨٢ بـ ٢,٢٢٧، وفى يوليو ١٩٨٣ بـ ٢,٢٩٤، واكتوبر ١٩٨٣ بـ ٢,٢٣٩، مثلا:
indices de prix, semaine juridique - Juillet 1984, II, No. 14292.

وقت انتهاء العقد، بـ ٢،١٧١ مثلا لما كانت عليه فى يناير ١٩٧٧ لسهل علينا تحديد المبلغ الواجب السداد فى هذه الحالة، وهو:

$$\frac{\text{المبلغ المقترض} \times ٢١٧١}{١٠٠٠}$$

وفى عقد الإستغلال قد يتفق صاحب التكنولوجيا مع المستفيد على أن الفائدة السنوية التى يدفعها الأخير للأول، فى مقابل المصنع الذى يقيمه صاحب التكنولوجيا، تتطور دوريا طبقا لتطور الأجور والمرتبات للعمال الدوريين. أى أنهما يتخذان من مؤشر الأجور والمرتبات أساس التزام يحدد الأداء الدورى الذى يجب على المستفيد من مشروع التكنولوجيا أن يؤديه لصاحب التكنولوجيا.

المطلب الثانى

تطبيقات تشريعية لصور أساس تغير الإلتزام

٦٥ - يمكننا استخلاص الإتجاه العام للمشرع الفرنسى والمشرع المصرى فى الإعتراف بقدرة الأفراد على إدراج شروط أساس تغير الإلتزام فى عقودهم من نص المادتين ١٣٣ من القانون المدنى المصرى و ١١٢٩ من القانون المدنى الفرنسى. فالنصان المذكوران يجيزان أن يكون موضوع الإلتزام غير معين متى كان قابلا للتعيين[1]. والإلتزام المتفق على تحديده كما، فى ضوء

---

(١) فالمادة ١٣٣ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا.
ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط». أما المادة ١١٢٩ من القانون المدنى الفرنسى فإنها تنص على أن:

(Il faut que l`obligation ait pour objet une chose ou moins determinee quant a son espece.
La quotite de la chose peut etre incertaine, pourvu qu` elle puisse etr determinee.)

الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الإلتزام - المجلد الأول (العقد) - المرجع السابق - ص ٥١٧ ومابدها - بند ٢٢١ ومابعده.

وراجع نقض مدنى بجلسة ١٩٥١/١١/٨ - م ق م - س ٣ - جـ ١ - ص ٢٦٩ - ق ٠٧٢ وفيه قضت المحكمة بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد أيد حكم محكمة أول درجة فيما استخلصه من أنه لم يكن من حق المطعون عليها (وزارة المعارف) بمقتضى قائمة المناقصة تكليف مورث الطاعنين توريد الأغذية للسبع عشرة مدرسة الإضافية وإنها إذ طلبت أليه القيام بهذا العمل وإذ قبل هو القيام به على أساس سعر حدده فإنه يكون قد انعقد بينهما عقد غير مسمى التزم بمقتضاه مورث الطاعنتين بتوريد الأغذية المتفق عليها والتزمت المطعون عليها بأن تدفع عن ذلك مقابلا، ولا يؤثر فى انعقاد هذا العقد ولا فى صحته عدم حصول التراضى على مقدار هذا المقابل.

وفى الفقه الفرنسى يراجع:

GERARD FARJAT. Droit prive de l`econonie, theoire des oblijations. Op. Cit., P.193 et 217.
ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, Droit civil, les obligations, Op. Cit., No. 233, P. 273.

أيضا

Cass. Civ. 15 Fevr, 1984, Bull. Civ. 111, No 41.

مؤشر أو أسس معينة هو الإلتزام غير معين المقدار ولكنه قابل للتعيين كما لو اتفق على أن أسس تحديد ثمن المبيع فى عقد البيع هى سعر السوق أو تقدير الغير(١)، كخبير مثلا.

لكن إجازة المشرع لأسس تغير الإلتزام فى العقود لاتقف عند حد المادتين المذكورتين، وإنما تجاوزهما إلى إدراج تطبيقات تشريعية تفريدية لأساس الإلتزام فى بعض العقود المسماة. سواء فى القانون المدنى الفرنسى، أو فى القانون المدنى المصرى.

ونحن فى هذا المطلب لن نتطرق لكل العقود المسماة، وإنما سنستعرض فقط عقود العمل والإيجار والمرتب لمدى الحياة، لنرى أمثلة تشريعية على أسس تغير الإلتزام فى كل من هذه العقود، على أن نخصص لكل عقد من هذه العقود فرعا مستقلا. ولذلك فإننا سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع على النحو التالى:

الفرع الأول: الصور التشريعية لأسس تغير الإلتزام فى عقد العمل.

الفرع الثانى: الصور التشريعية لأسس تغير الإلتزام فى عقد الإيجار.

الفرع الثالث: الصور التشريعية لأسس تغير الإلتزام فى عقد المرتب مدى الحياة.

---

(١) الدكتور عبدالرشيد مأمون - الوجيز فى عقد البيع والمقايضة - دار النهضة العربية - ١٩٩٤ - ص ٩٥ ومابعدها بند ٦٨ ومابعده.

الفرع الأول

الصور التشريعية لأسس تغير الإلتزام فى عقد العمل

٦٦ - أدت المساوىء الناجمة عن تحديد أجر العامل بطريقة قطعية، فى الوقت الذى تتقلب فيه الظروف الإقتصادية وتشتد أزمة الغلاء بفعل انخفاض القوة الشرائية للنقود، إلى افتقار حل بالطبقة العاملة يقابله ثراء لأصحاب الأعمال. خصوصا فى عقود العمل طويلة الأجل نسبيا. وقد برز ذلك، جليا، فى أعقاب الحرب العالمية الثانية.

لكن ليس هذا بصفة مطلقة، فقد يحدث العكس ويحل الخراب بالمنشأة، دون أن يتأثر العمال، كما فى حالة تعطل المنشأة جزئيا عن الإستمرار فى نشاطها، لأسباب إقتصادية تخرج عن إرادة رب العمل، كما فى حالة الحروب، أو توقف المواد الأولية التى تقوم على تصنيعها، أو حدوث الإضطرابات الداخلية.

لذلك، تنبه المشرع، ونقابات العمال، بعد أن اشتد ساعدها، والعمال، بعد أن زاد الطلب على القوة العاملة، وأرباب الأعمال، بعدما عانوا من تجربة دفع أجور العمال رغم أنهم فى حالة بطالة مقنعة نتيجة إنخفاض قدرة المنشأة عن استيعابهم فعليا، إلى ضرورة الإحتياط، عند ابرام العقد، لمثل هذه التقلبات بـ «ربط الأجر بأثمان السلع والحاجيات، ارتفاعا أو انخفاضا،ومنح علاوات عائلية لذوى الأولاد من العمال (تؤخذ فيها حالة الفرد الإجتماعية، كظرف إقتصادى متغير، بعين الإعتبار)، وتحديد الأجور عن طريق لجان مشتركة من العمال وأصحاب العمل وممثلين عن الدولة»(١)، وهو ما يستشف منه تطبيقا تشريعيا لأسس تغير الإلتزام، فى عقد العمل، سواء من الطرق المنصوص عليها

---

(١) الدكتور حسن كيرة - أصول قانون العمل - عقد العمل - ط ٣ - بند ٢٠٩ - ص ٤٢٤.

تشريعيا لحساب الأجر، أو من صور الأجر التى يجوز الإتفاق عليها بين العامل ورب العمل، أو من ربط الأجر فى مقداره بتكاليف المعيشة ارتفاعا أو إنخفاضا(١).

٦٧ - أولا: حساب الأجر بالقطعة أو بالطريحة يعتبر صورة لأسس تغير الإلتزام :-

قد يتفق العامل ورب العمل على أن مقدار الأجرة المستحقة للأول لا تتحدد بصفة قطعية عند العقد، وإنما تتوقف فى مقدارها على كم ماينجزه العامل من عمل. وهذه الطريقة فى تحديد الأجر هى ماتعرف بطريقة تحديد الأجر بالقطعة(٢)، وهو ما يعتبر صورة من صور ربط الإلتزام بمؤشر. وتفسير ذلك أن ربط الإلتزام بمؤشر يعنى اتخاذ أساس يتوقف عليه كم الإلتزام، وأن حساب الأجر بالقطعة يتخذ من كم العمل المنتج، والذى يتوقف

---

(١) أما فيما يتعلق بإعانة الغلاء فهى، وإن كانت تمثل تطبيقا لأسس تغير الإلتزام، إلا أنه تطبيق تشريعى لادخل لإرادة المتعاقدين فيه، اللهم إلا إذا قرر رب العمل، بالإتفاق مع العامل، إعانة غلاء أكبر من تلك التى فرضها المشرع. فتعتبر الزيادة، فى هذه الحالة الأخيرة، تطبيقا لأسس تغير الإلتزام.

(٢) الدكتور حسن كيره - عقد العمل - المرجع السابق - بند ٢٠٧ - ص ٤٢٢.
الدكتور ايهاب حسن اسماعيل - شرح قانون العمل - بدون سنة طبع - ص ٢٧٦.
GERARD LYON - CAEN, Droit du travail, t.2, le salaire, 2 eme edition (1981), P. 203, No 168.
JACQUES GHESTIN et PHILIPPE LANGLAIS, Droit du travail, 5 eme edition (1983), Siry, P. 200, No 329.
وان كان المرجع الأخير يتكلم عن اختلاف الأجر طبقا لإختلاف «نوعية» العمل وهو لايعدو أن يكون خطئا ماديا، ويكون القصد الحقيقى للمؤلفين هو إختلاف الأجر باختلاف كمية العمل المنتج.

على مقدرة العمال وعلى ظروف رب العمل، وهذه وتلك تتأثر بالتغيرات الإقتصادية، يتخذ منها مؤشرا يتحدد على أساسه أجر العامل.

وتتضح صحة هذا القول فى العقود الممتدة لفترة طويلة. فلو فرض وابرم عقد عمل لمدة عشر سنوات تحددت فيه الأجرة على أساس القطعة. ومع الزمن تعثر مشروع رب العمل لظروف إقتصادية معينة، كحرب أدت إلى صعوبة الحصول على المواد الأولية المستخدمة فى المشروع، أو إلى صعوبة تصريف منتجاته، أو كما حدث وانهارت الكتلة الإشتراكية وماترتب على تقسيم الإتحاد السوفيتى، سابقا، إلى جمهوريات مستقلة تستورد وتصدر كل منها طبقا لمصلحتها دون التقيد بالماضى. أو أن صحة العامل قد تدهورت وأثر ذلك على انتاجيته، فإنه سيترتب على ذلك، بالضرورة، أن تتقيد فرصة العامل فى الإنتاج من حيث الكم. ولما كان الأجر مرتبطا بالكم الذى اتخذ كمؤشر التزام يحدد حق العامل قبل رب العمل، فإنه سينخفض بالتالى.

وفى طريقة حساب الأجر بالطريحة يتفق الطرفان على أن يدخل فى حساب الأجر، بالإضافة إلى عنصر الزمن، كم ماينتجه العامل. بمعنى أنهما يتفقان على مبلغ يومى أو أسبوعى أو شهرى يتقاضاه العامل كجزء من أجره، يمثل الحد الأدنى المتفق عليه، ويضاف إليه مبلغ آخر يتوقف مقداره على كم الزيادة التى يضيفها العامل إلى الإنتاج(١). فهل تتضمن هذه الطريقة فى تحديد أجر العامل تطبيقا لأساس تغير الإلتزام؟

فيما يتعلق بجزء الأجر الذى تحدد على أساس الزمن، والذى يمثل كما قلنا الحد الأدنى المتفق عليه، فإننا لا نرى أن هناك تطبيقا لأساس تغير الإلتزام.

---

(١) الدكتور ايهاب حسن اسماعيل - شرح قانون العمل - المرجع السابق - نفس الموضع السابق.

وفيما يتعلق بالجزء الآخر من الأجر، والذى اتفق الطرفان على أنه يتحدد بناء على كمية مايضيفه العامل إلى الإنتاج، نرى أنه يمثل تطبيقا لأساس تغير الإلتزام، فى خصوص تحديد أجر العامل. فهذا الجزء من الأجر يتوقف، فى مقداره، على كمية ما يضيفه العامل إلى الإنتاج، والأخير يتوقف، بدوره، على مقدرة العامل وعلى ظروف المشروع الإقتصادى. فلو كانت ظروف المشروع تتجه به إلى النمو والتطور، كانت فرصة العامل كبيرة فى أن يضيف إلى الإنتاج، وبالتالى، فى أن يزيد من أجره. أما لو كانت ظروف المشروع الإقتصادية متعثرة، لسبب أو لآخر، لقلت فرصة العامل فى الإضافة إلى الإنتاج، وبالتالى فى تحسين أجره. وبالمثل فيما يتعلق بمقدرة العامل وظروفه الصحية والإجتماعية.

وإذا ما أضفنا جزء الأجر الذى تحدد على أساس كم الإنتاج إلى الجزء الأول الذى تحدد على أساس الزمن يظهر لنا، بوضوح، أن الإتفاق على تحديد أجرة العامل، فى عقد العمل، بالطريحة، يتضمن إدراجا لأساس تغير الإلتزام، فى عقد العمل، ليتحدد على أساسه الأجر الذى يجب على رب العمل آداؤه للعامل.

٦٨ - ثانيا: العمولة والنسب المئوية من الربح أو من الإيراد، كصورتين من صور الأجر، يمثلان تطبيقين لأسس تغير الإلتزام: -

قد يتفق العامل ورب العمل، أثناء ابرام عقد العمل، على تحديد أجر العامل بنسبة منوية من الربح أو من الإيراد الذى تحققه منشأة رب العمل(١)، فيعتبر ذلك تطبيقا لربط الأجر بمؤشر التزام. وهو تطبيق تشريعى أشار إليه القانون(٢). ففى هذه الحالة يتخذ الطرفان من كم المبيعات أو من كم الأرباح التى تحققها المشنأة مؤشرا يتحدد على أساسه التزام رب العمل بدفع الأجر، فى كمه.

(١) الدكتور حسن كيره - عقد العمل - المرجع السابق - ص ٥١٦ - بند ٢٤٠.
الدكتور ايهاب اسماعيل - شرح قانون العمل - المرجع السابق - ص ٢٩٥ - بند ١٤٧.

(٢) تنص المادة ٢/٦٨٣ من القانون المدنى المصرى على أن «النسب المنوية التى تدفع إلى مستخدمى المحلات التجارية من ثمن مايبيعونه» تعتبر أجرا.

أيضا، قد يتفق رب العمل مع العامل على أن يتحدد أجر الأخير فى صورة عمولة يتقاضاها عندما يكون وسيطا أو ممثلا أو مندوب مبيعات، على أن تتحدد هذه العمولة بنسبة منوية من قيمة الصفقات أو التوصيات أو المبيعات التى يتوسط فيها أو ينجح فى عقدها لحساب رب العمل، أو ينفذها(١). ويعد ذلك تطبيقا تشريعيا لربط الأجر بمؤشر التزام، أشار اليه المشرع ذاته فى المادة ١/٦٨٣ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن تعتبر أجرا «العمولة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين».

ولاخلاف فى الفقه على أنه «يمكن ربط الأجر بدالة التزام، كرقم الأعمال، أو الفوائد التى تعود على المنشأة، أو المنتجات التى تصنعها»(٢) أو «سعر بيع المنتجات المصنعة»(٣) لديها، وهو مايمثل، كما قلنا، تطبيقا تشريعيا لاشتراط ربط الإلتزام بأساس، فى خصوص عقد العمل.

ويقود أعمال هذا المؤشر إلى عدم تحديد الأجر بصفة نهائية عند ابرام العقد واخضاعه لتقلب الظروف الإقتصادية التى يتأثر بها نشاط المنشأة. فكلما كانت هذه الظروف مواتية ارتفع أجر العامل، والعكس بالعكس. فلو اضطربت ظروف المنشأة، نتيجة لحرب أو حصار إقتصادى أو ندرة المواد الأولية التى تقوم عليها المنشأة، فإن أجر العامل سيهبط، نتيجة لإنخفاض نشاط المنشأة.

ومما سبق يتضح لنا أن بإدراج شرط تغير الإلتزام يحتاط كل من العامل ورب العمل لفعل الظروف الإقتصادية المتغيرة. فرب العمل سوف

---

(١) الدكتور حسن كيره - عقد العمل - المرجع السابق - ص ٥٠١ - بند ٢٢٤.
الدكتور ايهاب اسماعيل - شرح قانون العمل - المرجع السابق - ص ٢٩٢ - بند ١٤٦.

(2) J. GHESTIN et P. LANGLAIS, Droit du travail, Op. Cit.; P. 202, No 335.

(3) GERARD LYON - CAEN, Droit du Travail, Op. Cit., P. 100, No 84.

يستفيد فى حالة تعثر المنشأة وانخفاض انتاجها أو ضعف مبيعاتها أو أرباحها. والعامل سوف يستفيد فى حالة زيادة إيراداتها أو أرباحها، فى حالة الظروف المواتية.

٦٩ - ثالثا: ربط الأجر، فى مقداره، بأسعار السلع والخدمات الضرورية لمعيشة العامل، يعتبر تطبيقا لأساس تغير الالتزام:

فى الصورتين السابقتين يمكن أن يكون المؤشر لمصلحة العامل، كما يمكن أن يكون لمصلحة رب العمل، على حسب ماتأتى به الظروف الإقتصادية. أى أن الإتفاق على حساب الأجر بالقطعة أو بالطريحة، أو جعله فى صورة عمولة أو نسبة منوية من الربح أو من الإيراد، كما يمكن أن يكون احتياطا من العامل، يمكن أن يكون احتياطا من رب العمل.

لكن فى صورة ربط الأجر، فى مقداره، بأسعار السلع والخدمات الضرورية لمعيشة العامل يكون المؤشر مقررا، فى الأصل العام، باحتياط من العامل وحده، وذلك على أساس أن المجرى العادى للأمور، منذ الحرب العالمية الثانية، هو الإرتفاع المستمر للسلع والخدمات من جانب، ودخول الكثير من السلع والخدمات فى طائفة السلع والخدمات «الضرورية» بعد أن كانت من ضمن طائفة السلع والخدمات «الكمالية»، بفعل التطور فى الحياة، من جانب آخر.

وفى اشتراط ربط مقدار أجر العامل بأسعار السلع والخدمات الضرورية لمعيشته، مؤشر التزام، هو ثمن مايكفى لسد حاجة العامل وأسرته من مسكن ومأكل وملبس ونسبة إدخار للمستقبل. وهو مؤشر يتغير نحو الإرتفاع بصفة مستمرة، الأمر الذى يترتب عليه ارتفاع فى أجر العامل.

وفى هذا الخصوص تنص المادة ١٤١-٣ (ق) من قانون العمل الفرنسى على أن الحد الأدنى المضمون للأجور مرتبط بمؤشر أسعار السلع الإستهلاكية، وأنه فى حالة إرتفاع هذا المؤشر بما يجاوز ٢٪ وجب رفع الحد الأدنى للأجور بنفس النسبة على الأقل. وهو مايعد تطبيقا تشريعيا لربط أجر العامل، فى مقداره، بأسعار السلع والخدمات الضرورية للمعيشة.

الفرع الثانى

الصور التشريعية لأساس تغير الالتزام فى عقد الإيجار:

٧٠ - لقد قيل، بحق، «أن عقد الإيجار تولد من الحاجة إلى التضامن بين الثروة العقارية والصناعية. وهو كثير التداول، بنوع خاص، فى بلد تقدمت فيه العلوم والفنون والتجارة والملاحة إلى حد لم يدع لكثير من الملاك وقتا لاستغلال أموالهم بأنفسهم ولم يوفر لهم الوسائل لذلك، فى بلد ليس كل سكانه من ذوى الثروة العقارية وتقتضى فيه المعاملات التجارية أن يبقى جزء كبير من رؤوس الأموال مخصصا للتجارة. فالإيجار له علاقة وثيقة بالأمرين الذين يرتبطان بالنظام العام أشد ارتباط. وهما الملكية والصناعة. ولذلك، كان من الضرورى أن تكون للإيجار أحكام من شأنها المحافظة على الأملاك وترقية الزراعة. ولا يجوز، أيضا، أن تغيب عن البال تلك الطبقة الكثيرة العدد، وليس لها من ملك غير أيديها العاملة، وليس لها من مأوى إلا ماتستأجره من أملاك الغير. لذلك وجب أن تكون الأحكام القانونية الخاصة بالإيجار سهلة واضحة دقيقة»(١). ولذا يجب، بالتالى، أن يقوم تحديد الأجرة فى عقود الإيجار، «على أساس التضامن اللازم بين رأس المال والعمل، بحيث لا يجحف أحدهما بالآخر. فكلا العاملين ضرورى للإنتاج»(٢)، وهو ما يتحقق، فى ظل المذهب الفردى وهيمنة مبدأ سلطان الإرادة، عن طريق المساومة والتراضى بين المؤجر والمستأجر، فى وجود قانون العرض والطلب. فالمتعاقدان يملكان تحديد الأجرة، فى عقد الإيجار، بالطريقة التى يرى كل منهما أنها تحقق مصلحته، بشرط أن يرتضى كل منهما هذه الطريقة. فهما يملكان - طبقا للقواعد العامة للإيجار - إمكانية ربط الإيجار فى مقداره بأساس يتفقان عليه(٣).

---

(١) خطبة JAUBERT عن تقرير MOURRICAULT وقت عرض مشروع تقنين نابليون على الهيئة التشريعية الفرنسية. نقلناه عن الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء السادس - المجلد الأول - الطبعة الثانية (١٩٨٨) - ص ٢٣، ٢٤ - بند ١٦.

(٢) السنهورى - الوسيط - جـ ٦ - مجلد ١ - المرجع السابق - ص ٢٦ - بند ١٨.

(٣) وتعد المادة ٥٦١ من القانون المدنى المصرى تطبيقا تشريعيا على تخويل الأفراد إمكانية ربط الأجرة، فى عقد الإيجار، بأساس التزام. فهى تنص على أنه يجوز أن تكون الأجرة نقودا أو أى تقدمة أخرى بخلاف النقود.

ونفس الحكم يقول به الفقهاء الفرنسيون:

MAZEAUD, lecons de droit civil, tome troisime, principaux contrats, 2 ime partie (1980), P. 370, No. 1056.

PIERRE DUPONT DELESTRAINT, Droit civil, principaux contrats, 7 eme edition (1982), Mementos Dalloz, P. 48.

لكن بظهور أزمة الإسكان، فى أعقاب الحرب العالمية الأولى، اشتط الملاك فى فرض شروطهم على المستأجرين، وبالغوا، على الخصوص، فى تحديد الأجرة، مما صار، معه، رضا المستأجرين بالأجرة مفروضا، ولا يعبر عن الحقيقة. فقد ترتب على هذه الأزمة أن اختل التوازن بين العرض والطلب على المبانى اختلالا بينا لمصلحة أصحاب الملك. فأصبح المستأجرون للأماكن ضحية استغلال فاحش.

ولايقل ما أصاب طائفة مستأجرى الأرض الزراعية من غبن واستغلال عما أصاب نظراءهم من مستأجرى الأماكن. فالحاصلات الزراعية تتميز، عادة، بعدم الثبات سواء من حيث مقدارها، نتيجة انتشار الآفات الزراعية التى قد تنقص المحصول بكميات كبيرة، إن لم تقضى عليه، أو من حيث اسعارها، نتيجة للتقلبات الإقتصادية المحلية أو الدولية. يضاف إلى ماتقدم زيادة الطلب على الأراضى الزراعية بفعل الزيادة المضطردة فى عدد السكان، الأمر الذى يجعل المؤجرين فى مركز يسمح لهم بأن يملوا شروطهم على المستأجرين، وعلى الخصوص فيما يتعلق بالأجرة.

ولإعادة التوازن إلى عقد الإيجار تدخل المشرع سواء فى فرنسا أو فى مصر بمجموعة من التشريعات الإستثنائية التى نظم بها عقود إيجار الأماكن[١] وعقود إيجار الأراضى الزراعية[٢]، تنظيما راعى فيه تحقيق العدالة بحماية المستأجر من استغلال المالك، وذلك بوضع حد أقصى للأجرة، لايجوز تجاوزه.

---

(١) يحكم القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ عقود إيجار الأماكن الخاضعة له فى مصر.
وفى فرنسا ينظم قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ الأحكام الإستثنائية لعقود إيجار بعض الأماكن: ففى فرنسا، كما هو الحال فى مصر، يوجد اليوم نوعان من القواعد التى تحكم إيجار الأماكن. فمن ناحية توجد قواعد القانون العام، كما هى منظمة فى القانون المدنى، ومن ناحية ثانية توجد القواعد التى صدرت بها تشريعات خاصة.

(٢) فى مصر بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وماطرأ عليه من تعديلات أقرها القانون رقم ١٩٩٢/٩٦، وفى فرنسا بالقانون الزراعى الصادر بقرار ١٦ أبريل ١٩٥٥ وما طرأ عليه من تعديلات.

وفى عقود إيجار الأماكن الخاضعة للقوانين الإستثنائية وضع المشرع، كما هو الشأن بالنسبة للعقود الخاضعة للقواعد العامة فى الإيجار، تطبيقا تشريعيا لأساس تغير الإلتزام الذى يجوز للأطراف تحديد الأجرة على أساسه.

ولبيان كل ماتقدم سوف نتطرق أولا لعقود الإيجار التى يحكمها القانون المدنى، ثم لعقود إيجار الأماكن وعقود إيجار الأراضى الزراعية، باعتبارهما يخضعان لقوانين خاصة(١)، على النحو التالى:

٧١ أولا: عقود الإيجار التى يحكمها القانون المدنى :

يمكننا أن نتلمس التطبيق التشريعى لأساس تغير الإلتزام فى أحكام القانون المدنى المتعلقة بعقود الإيجار من النص الخاص بجنس الأجرة والنص الخاص بكيفية تحديد الأجرة.

فالمادة ٥٦١ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «يجوز أن تكون الأجرة نقودا كما يجوز أن تكون أى تقدمة أخرى». وهى على هذا النحو تعطى الحق للمتعاقدين فى أن يستبعدوا النقود من تعاملهم بصفتيها - كوسيلة وفاء وكوسيلة حساب - وأن يتخذوا وسيلة أخرى تحكم الأجرة:

---

(١) يلاحظ أن قوانين إيجار الأماكن وقانون الإصلاح الزراعى يحكم كل منها نطاقا محددا لا يتخطاه. وماخرج عن ذلك يظل محكوما بقواعد القانون المدنى. فقانون الإصلاح الزراعى يقتصر تطبيقه على الأراضى الزراعية دون ماعداها من أرض فضاء. بل وفى نطاق الأراضى الزراعية لا تسرى قيود تحديد الأجرة على إيجار الحدائق والمشاتل والزهور والأرض التى تؤجر لزراعتها موز أو شليك أو التى تؤجر لزراعتها بنباتات مستديمة أو نباتات تبقى فى الأرض أكثر من سنة عدا القصب. (المادة ٣٣ مكرر أ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمضافة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦).
وفيما يتعلق بقانون إيجار الأماكن نجد أنه تخرج من نطاق تطبيقه عقود إيجار المنقول فيما عدا العوامات والذهبيات، وعقود إيجار العقار الذى هو ملك عام، وعقود إيجار الأراضى الزراعية والأراضى الفضاء والمساكن الملحقة بالمرافق والمنشآت الحكومية، وكذلك الأماكن المشغولة بغير عقد إيجار، فيما عدا الأماكن المستولى عليها أو المنزوعة ملكيتها، وأخيرا، الأماكن التى لم تبين بالجدول المرفق لقانون إيجار الأماكن ولم تدخل، فيما بعد، فيه.

وسيلة حساب ووسيلة وفاء، فى آن واحد[١].

ولم يتضمن القانون المدنى الفرنسى نصا يماثل نص المادة ٥٦١ سالف الذكر[٢]. لذلك نجد أن الرأى هناك قد اختلف فى شأن جنس الأجرة. فاشترط البعض ضرورة أن تكون الأجرة نقودا وإلا كان العقد عقدا غير مسمى[٣]. فى حين أن الرأى الغالب اليوم هناك يرى أنه يستوى أن تكون الأجرة نقودا، أو أى تقدمة أخرى[٤].

بناء على ماتقدم يجوز أن يتفق المستأجر مع المؤجر على أن تكون الأجرة جزءا من محصول الأرض الزراعية، كما هو الشأن فى المزارعة[٥]، أو أن تكون جزءا من منتجات المصنع المؤجر، أو حصة من أرباح أو مبيعات المحل التجارى المؤجر.

وقد يتفق المتعاقدان على مبلغ معين يمثل الحد الأدنى للأجرة على أن يكون قابلا للزيادة بزيادة الغلة التى يحصل عليها المستأجر من الشىء

---

(١) وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى «الأجرة قد تكون نقودا كما هو الغالب، ولكن قد تكون شيئا آخر غير النقود كجزء من المحصول أو الإنتفاع بشىء آخر مقابل الإنتفاع بالعين المؤجرة أو أى التزام آخر يلتزم به المستأجر» - مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٤ - ص ٤٧٦.

(٢) أما المشرع المغربى فقد نص فى الفصل ٦٢٣ من قانون الإلتزامات والعقود على أنه يسوغ أن تكون الأجرة نقودا أو منتجات أو أطعمة أو أية منقولات ... وقد انتقل هذا النص إلى المادة ٦١٩ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

(٣) اشار الى القائلين بهذا الرأى الأستاذ الدكتور السنهورى - عقد الإيجار - دار الكتب المصرية - طبعة ١٩٢٩ - ص ١٨٨ - هامش ٢.

(4) MAZEAUD, Lecons de Droit Civil, Op. Cit. P. 370.
PIERRE DUPONT DELESTRAINT, Droit Civil, Principaux Contrat, 7 ime cdiction, P. 48.

(٥) السنهورى - الوسيط - جـ ٦ - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ١٢٤ - ص ٢١٥

PIERRE DUPONT DELESTRAINT, Droit Civil, Principaux contrats, Op. Cit., P. 48.

المؤجر. كما لو كان المكان المؤجر عبارة عن مرقص أو ناد أو ملهى واتفق المؤجر مع المستأجر على مبلغ معين يمثل الحد الأدنى للأجرة تضاف إليه نسبة منوية من المبيعات الشهرية لتذاكر الدخول. فى هذه الحالة نكون بصدد استبعاد جزئى للنقود كوسيلة حساب أجازته المادة ٥٦١ من القانون المدنى المصرى، كما أجازه الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى، على الرغم من عدم وجود النص فى القانون المدنى الفرنسى.

فهذه الحالات وأمثالها تدخل تحت التطبيق التشريعى لمؤشر الإلتزام، والمنصوص عليه فى المادة ٥٦١ من القانون المدنى المصرى، والتى تخول الأفراد إمكانية ربط الأجرة، فى عقود الإيجار الخاضعة للقانون المدنى، بمؤشر التزام. ويلجأ الأفراد إلى ذلك، غالبا، بقصد التهرب من آثار التقلبات الإقتصادية غير المتوقعة.

هذا فيما يتعلق بالنص الخاص بجنس الأجرة. أما فيما يتعلق بكيفية تحديد الأجرة فقد نص القانون المدنى المصرى، فى المادة ٥٦٢، على أنه «إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة وجب إعتبار أجرة المثل»(١). وهو بهذا النص يخول الأفراد القدرة على وضع أسس لتقدير الأجرة دون تحديدها بمبلغ معين بصفة جامدة. فالأفراد، طبقا لنص المادة ٥٦٢، يمكنهم، عند ابرام عقود الإيجار، أن يحددوا الأسس التى تقدر على أساسها الأجرة، دون أن يحددونها بمبلغ معين. وهذه الأسس قد تمثل دالة التزام، يتغير بتغيرها مقدار الأجرة. فقد يتفق المؤجر مع المستأجر، فى إيجار الأراضى الزراعية، على أن الأجرة تحسب على أساس سعر القطن فى البورصة(٢). فتكون ثمن قنطارين من القطن مثلا،

---

(١) وقد نص الفصل ٦٣٤ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى على أنه «إذا لم يحدد المتعاقدان الأجرة، افترض فيهما أنهما قد قبلا أجرة المثل فى مكان العقد، وإذا كانت ثمة تعريفة رسمية، افترض فى المتعاقدين أنهما قد ارتضيا التعاقد على أساسها». وقد انتقل هذا النص إلى المادة ٦٢٠ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٤٦/٦/١٣ - مجموعة عمر - رقم ٩٣ - ص ١٩٠. وكذلك قضت محكمة النقض بأنه يمكن اتخاذ عوائد الأملاك المبنية المربوطة على المكان المؤجر، فى تاريخ شهر الأساس، قرينة على مقدار أجرة المثل. نقض مدنى بجلسة ١٩٧٦/٢/٢٥ فى الطعن رقم ١٢١ لسنة ٤١ ق - م نقض م - س ٢٧ - جـ ١ - ص ٤٩٤ - رقم ١٠٢.

أو يتفقان فى عقود الإيجار طويلة الأجل على أن الأجرة السنوية هى أجرة المثل فى نفس المنطقة. بل، وطبقا لنص المادة ٥٦٢، يجوز أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن تحدد الأجرة على أساس سعر أجور طائفة العمال التى ينتمى إليها المستأجر أو المؤجر، أو على أساس سعر تكاليف المعيشة(١)، أو على أساس سعر تكلفة المبانى(٢)، أو حتى سعر السوق لأحد المواد الأولية الداخلة فى معيشة الإنسان أو الداخلة فى البناء.

مثل هذه الفروض تعد إعمالا للحكم الوارد بنص المادة ٥٦٢ من القانون المدنى المصرى، الذى خول المشرع، بمقتضاه، الأفراد القدرة على ربط الأجرة بمؤشر، حتى تتناسب مع الظروف الإقتصادية المتغيرة. فالأجرة، عندئذ، تتغير زيادة أو نقصا تبعا لتغير المؤشر المرتبطة به. وهذا المؤشر يتغير أصلا تبعا لتغير الظروف الإقتصادية والتى تتسم فى عصرنا الحالى بالتقلبات السريعة، والعنيفة أحيانا. ففى مثال القضية التى عرضت على محكمة النقض المصرية بجلسة ١٩٤٦/٦/١٣، ربط المتعاقدان الأجرة فى مقدارها بسعر القطن فى سوق البورصة، أى أنهما اتخذا من سعر القطن مؤشر التزام يتحدد على أساسه الإيجار السنوى الذى يلتزم المستأجر بدفعه للمؤجر، وذلك «باعتبار أنه الموجه لأسعار المحاصيل الأخرى وميزان الحالة الإقتصادية»(٣) فى البلاد، وقتها. فإذا ماارتفع سعر قنطار القطن نتيجة لزيادة الطلب عليه أو نتيجة لقلة المعروض منه، أو نتيجة للإرتفاع العام فى مستوى الأسعار، أو لغير ذلك من الإسباب، ارتفعت، تبعا لذلك، الأجرة وتقاسم المؤجر الغنم مع المستأجر. أما لو حدث العكس وانخفضت أسعار القطن نتيجة لقلة الطلب أو لزيادة المعروض منه فى السوق، أو نتيجة لكساد أصاب البلاد انخفضت الأجرة، تبعا لذلك، وتقاسم المؤجر مع المستأجر غرم التقلبات الإقتصادية، وأعيد

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ٦ - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ١٢٩ - ص ٢٢٣ - هامش ٢.

(2) PIERRE DUPONT DELESTARINT, Droit Civil, Principaux, contrats Op. Cit., P. 48.

(٣) نقض مدنى بجلسة ١٩٤٦/٦/١٣ سالف الإشارة.

التوازن، تلقائيا، إلى اقتصاديات عقد الإيجار المبرم بينهما، أو على الأدق، أبقى على هذا التوازن قائما طوال فترة العقد. فالتوازن الذى كان قائما عند ابرام العقد نحافظ عليه من الإختلال الناتج عن التقلبات الإقتصادية بربط الأجرة بمؤشر التزام.

٧٢ - ثانيا: عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن :-

تعاقبت فى مصر، كما فى غيرها من البلدان، القوانين الخاصة التى تنظم بعض أحكام إيجار الأماكن بعد اشتداد أزمة المساكن فى أعقاب الحرب العالمية الأولى. فنتيجة لشحة المواد الأولية اللازمة للبناء وزيادة عدد السكان، وخاصة سكان المدن الكبرى، بدأت الحكومات تشعر بوطأة السكن على المواطنين، الأمر الذى حدا بها إلى سن قوانين خاصة لتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر.

فبدأ المشرع المصرى بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٢٠ الذى قيد به أجور المساكن، وانتهى بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الذى حوى الكثير من الأحكام الخاصة التى تنفرد بها عقود إيجار الأماكن الخاضعة له، وتخرج بصددها عن القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى. ومن القوانين الخاصة بإيجار الأماكن لايعنينا هنا إلا القانونين الأخيرين منها، أى القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لسريان أحكامهما، معا، فى وقتنا الحاضر. بل ولا يعنينا من أحكامهما الخاصة(١) إلا ما يتعلق بتحديد الأجرة، لأن من طريقة تحديد الأجرة التى نص عليها المشرع يمكننا أن نستخلص تطبيقا تشرعيا لأساس الإلتزام، على النحو الذى سنراه.

---

(١) إذا رجعنا إلى هذين القانونين نجد أنهما حويا نوعين من الأحكام الخاصة:-
النوع الأول: أحكام موضوعية خرجا فيها عن القواعد العامة لعقد الإيجار كما نظمها القانون المدنى. من هذه الأحكام مايتعلق بتحديد الأجرة (المادة ١٤ من القانون رقم ١٩٧٧/٤٩ والمادة الأولى من القانون رقم ١٩٨١/١٣٦) أو يتعلق بانتهاء الإيجار (المادة ١٨ من القانون رقم ١٩٨١/١٣٦) أو تتعلق بقيود مفروضة على المؤجر (المواد ٨، ١٣، ٢٣، ٢٥، ٢٦، ٢٨، ٣٥، ٣٨، ٣٩ ...الخ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمواد ٤، ٩، ١٣ .. الخ من قانون ١٩٨١/١٣٦) أو مفروضة على المستأجر (المواد ٧، ٣٢، ٤٠، ٤١ .. الخ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمواد ٧، ١٩، ٢١ من القانون رقم ٨١/١٣٦).
أما النوع الثانى : أحكام إجرائية خرج بها المشرع عن القواعد العامة فى التقاضى كما هى مقررة فى قانون المرافعات.

وفى فرنسا بدأ المشرع بقانون ٩ مارس ١٩١٨، واستقر به الوضع أخيرا على القانون الصادر فى أول سبتمبر ١٩٤٨ (المعدل). وذلك لتنظيم بعض عقود إيجار الأماكن بقواعد خاصة[١] خرج فيها عن القواعد الواردة فى القانون المدنى. ولايعنينا من هذه القواعد إلا مايتعلق بتحديد الأجرة. لأن فى قواعد تحديد الأجرة وضع المشرع، على ماسنرى، تطبيقا لأساس تغير الإلتزام.

بداية يجب أن نلاحظ أن نسبة كبيرة من عقود إيجار الأماكن لا تزال خاضعة لأحكام القانون المدنى فى خصوص قواعد تحديد ودفع الأجرة، ومن ثم يسرى عليها ماسبق أن قلناه عند الكلام عن استخلاص أساس تغير التزام فى عقود إيجار الأماكن التى يحكمها القانون المدنى. وأساس ذلك أن القوانين التى أتت بأحكام خاصة بشأن الأجرة وكيفية تحديدها لم تستوعب كل الأماكن المؤجرة. فالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لاينطبق لا على القرى ولا على المناطق السكنية التى لاينطبق عليها نظام الحكم المحلى مادام لم يدخلها فى نطاقه قرار من وزير الإسكان والتعمير[٢]، كما أنه لاينطبق على المساكن الملحقة بالمرافق والمنشآت وغيرها من المساكن التى تشغل بسبب العمل[٣]، والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لاتنطبق أحكامه، المتعلقة بتحديد الأجرة على الإسكان الفاخر ولا على الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى[٤]. وقانون أول

---

(١) من هذه القواعد ما يتعلق بالإمتداد القانونى للعقود الخاضعة له (م ٤ معدلة) ومنها مايتعلق بكيفية تحديد الأجرة (م ٢٧ ومابعدها)، ومنها مايتعلق بالإيجار من الباطن وتبادل الوحدات السكنية (م ٧٨، ٧٩). ومن هذه الأحكام ماهو إجرائى يتعلق بالإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون (م ٤٦ معدلة بالقانون ٧٨٩ لسنة ١٩٧٢ الصادر فى ٢٨ أغسطس ١٩٧٢).

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ١٩٧٧/٤٩.

(٣) المادة الثانية من القانون رقم ١٩٧٧/٤٩ المذكور آنفا.

(٤) المادة الأولى من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

سبتمبر ١٩٤٨ فى فرنسا ينطبق فقط على الأماكن المنشأة قبل أول سبتمبر ١٩٤٨(١)، والمخصصة لأغراض السكنى أو للأغراض المهنية غير التجارية والصناعية، وملحقات هذه الأماكن(٢)، وذلك فى مدينة باريس وعلى بعد خمسين كيلومتر من كل جهة من موضوع الحدود القديمة لباريس، وفى التجمعات السكنية التى يزيد عدد سكانها على أربعة آلاف ساكن أو التى تجاور مجتمعات لا يقل عدد سكانها عن عشرة آلاف ساكن، وفى التجمعات التى يكون عدد سكانها أربعة آلاف ساكن فأكثر والتى يزيد سكنها بنسبة أكبر من ٥٪ فى كل من الإحصاءات العامة لعام ١٩٥٤، ١٩٦٢، ١٩٦٨ بالمقارنة بالإحصاء الجارى(٣). وماعدا هذه الأماكن يظل خاضعا للقواعد العامة للإيجار الواردة فى القانون المدنى.

وكما هو الشأن فى عقود الإيجار الخاضعة لأحكام القانون المدنى، يمكننا استخلاص تطبيق تشريعى لمؤشر الإلتزام فى عقود إيجار الأماكن التى تحكمها القوانين الخاصة. فالعقود الخاضعة لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يمكن لأطرافها أن يتخذوا مؤشر التزام لتحديد الأجرة الواجبة السداد. وسندنا فى هذا القول المادتان ١٤، ١٥ من القانون المذكور. فالمادة ١٤ تنص على أن «تقدر أجرة المبنى المرخص فى إقامته من تاريخ العمل بهذا القانون على الأسس التالية: أ - صافى عائد الإستثمار بواقع ٧٪ من قيمة الأرض والمبانى. ب - ......» والمادة ١٥ تنص على أن «يكون تحديد أجرة المبانى بعد إنشائها على أساس تقدير قيمة الأرض وفقا لثمن المثل فى عام ١٩٧٤ مع زيادة سنوية مقدارها ٧٪ لحين البناء، وتقدر قيمة المبانى وفقا للتكلفة الفعلية وقت البناء، وذلك دون التقيد بالأجرة المبدئية المقدرة للمبنى قبل إنشائه، مع الإلتزام بمستوى المبانى المبين بالموافقة الصادر على أساسها ترخيص البناء، دون إعتداد بأية زيادة فى المواصفات أثناء التنفيذ ...».

---

(١) المادة الثالثة من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨.

(٢) المادة الأولى من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ آنف الذكر.

(٣) المادة الأولى مكرر من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ آنف الذكر.

والعقود الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يمكن لأطرافها اتخاذ مؤشر التزام، إستنادا للمادتين الأولى والثانية من هذا القانون. فالمادة الأولى من القانون رقم ١٩٨١/١٣٦ تنص على أنه «فيما عدا الإسكان الفاخر لايجوز أن تزيد الأجرة السنوية للأماكن المرخص فى إقامتها لأغراض السكنى إعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون على ٧٪ من قيمة الأرض والمبانى ...». وتنص المادة الثانية من ذات القانون على أن تقدر قيمة الأرض بالنسبة إلى الأماكن المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة وفقا لثمن المثل عند الترخيص بالبناء(١)، وتقدر قيمة المبانى وفقا للتكلفة الفعلية وقت البناء ...»(٢).

فالمواد ١٤ و ١٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و ١ و ٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تمزج بين صورتين من صور أساس تغير الإلتزام، هما مؤشر ثمن المثل بالنسبة لتقدير قيمة الأرض، ومؤشر سعر التكلفة بالنسبة للمبانى، وتجعل منهما مؤشر التزام يمثل، فى نظرنا، تطبيقا تشريعيا لأسس تغير الإلتزام. يستطيع المستأجر أن يتفق مع المؤجر على تحديد الأجرة تبعا لها. فقد يتفقان، مثلا، على أن القيمة الإيجارية للعين المؤجرة هى ٧٪ من قيمة الأرض والتكلفة الفعلية للمبانى المقامة عليها، سنويا.

هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن المتعاقدين يستطيعان الإكتفاء بشق واحد من هذا المؤشر، ويحددا على أساس هذا الشق القيمة الإيجارية للعين محل الإيجار، بشرط الا يؤدى اتفاقهم هذا إلى رفع القيمة الإيجارية للعين عن الحد الأقصى الذى نص عليه المشرع.

---

(١) وفى ذلك تقول محكمة النقض أنه يجب تقدير قيمة الأرض بقيمتها السوقية وقت اتمام البناء عند إحتساب القيمة الايجارية - نقض مدنى بجلسة ١٩٩٢/٤/٢٦ فى الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٥٢ ق - مجلة القضاة - س ٢٥ - العدد الثانى - ص ٤٦٢.

(٢) وفى ذلك تقول محكمة النقض أنه يجب أن تقدر قيمة المبانى بحسب سعر السوق وقت تمام البناء. فعند احتساب القيمة الإيجارية يجب إحتساب تكاليف الأساسات والتوصيلات الخارجية وكافة المصاريف اللازمة لاتمام عملية البناء ومايخص المبنى من الضرائب العقارية، نقض مدنى بجلسة ١٩٩١/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥٢ ق - وبجلسة ١٩٩٢/٥/٣١ فى الطعن رقم ١٦٢٨ لسنة ٥٢ ق - مجلة القضاة - س ٢٥ - العدد الثانى - ص ٤٦٢.

هذا عن الوضع فى مصر، وأما فى فرنسا فيمكننا أن نستخلص تطبيقا تشريعيا لأسس تغير الإلتزام من الطرق التى رسمها قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ (المعدل) لكيفية تحديد الأجرة. فبمقتضى هذا القانون حدد المشرع الفرنسى ثلاثة طرق لتحديد أجرة العين، يستطيع المتعاقدان أن يختارا واحدا منها. وتتمثل الطريقة الأولى، كما حددتها المادة ٣٤ من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨، فى إتخاذ الإيجار السارى فى أول يوليو ١٩٤٨ كأساس للأجرة المتفق عليها(١). وتتمثل الطريقة الثانية، كما حددتها المادة ٢٧ من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ ومابعدها، فيما يسمى بالقيمة الإيجارية للعين والتى تحدد من ناتج ضرب المساحة المعدلة للعين محل الإيجار فى السعر الأساسى للمتر المربع(٢). أما الطريقة الثالثة(٣)، والتى ألغيت بمقتضى القرار رقم ٧٤١ الصادر فى ٣٠ يونيو ١٩٧٧، فكانت تتمثل فى ربط الإيجار بنسبة من دخل المستأجر، وذلك عن طريق تحديد القيمة الإيجارية لحجرتين مريحتين بـ ٤٪ من دخل المستأجر الذى يؤخذ كأساس لتحديد الإعانات الإجتماعية طبقا لنص المادة ٥٤٤ من قانون الضمان الإجتماعى، ثم تحديد السعر الأساسى للمتر المربع من قسمة هذا المبلغ على عدد أمتار هاتين الحجرتين. وبضرب

---

(١) على أن تزاد هذه الأجرة سنويا، إعمالا للقرار رقم ٦٤-١٣٥٤ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٦٤، بنسبة معينة إلى أن تصل إلى القيمة الإيجارية الفعلية التى تحددها المواد ٢٧ ومابعدها من القانون، وذلك بمقتضى قرارات تصدر فى هذا الشأن.
وطبقا للقرارات التى صدرت بهذا الخصوص أصبحت الأجرة التى تحدد بهذه الطريقة تتزايد الآن سنويا بنسبة ٨,٥٪.
MAZEAUD, lecons de droit civil, Principaux contrats, 2 eme partie, 5 eme edition, Op. Cit., P. 552 No. 1213.

(٢) المساحة المعدلة للعين محل الإيجار نصل إليها من مجموع العناصر التالية:-
أ - المساحة الفعلية للعين. ب - مساحة إعتبارية تمثل العناصر المختلفة لكل حجرة، مثل الإتساع والتهوية والإضاءة ... الخ. جـ - مساحة إعتبارية تمثل العناصر المختلفة للعقار الذى تقع فيه العين محل الإيجار فى مجموعه، كقدمه أو متانته أو موقعه من المدينة ... الخ. د - وأخيرا مساحة إعتبارية تمثل الراحة فى المكان المؤجر لوجود مصعد أو تدفئة فى البناية، مثلا. فى حين أن سعر الأساس للمتر المربع تحدده القرارات التى تأخذ فى الإعتبار مستويات الإيجار.

(٣) والتى نصت عليها المادة ٣١ مكرر من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨.

سعر المتر الناتج من هذه القسمة فى عدد الأمتار المعدلة للعين محل الإيجار نصل إلى الإيجار المسمى LAYER SALAIRE، والذى كان لايختلف عن «القيمة الإيجارية» التى تحدد طبقا لنص المادة ٢٧ ومابعدها إلا فى أن سعر المتر المربع كان أقل مما هو عليه فى تحديد الإيجار عن طريق تحديد «القيمة الإيجارية» للعين(١).

فإذا استبعدنا الطريقة الأخيرة لتحديد الأجرة فى فرنسا لأن المشرع قد ألغاها، واستبعدنا الطريقة الأولى لأنها تمثل، فى نظرنا، إمتدادا لأجرة محددة سلفا قبل صدور قانون أول سبتمبر ١٩٤٨، أيا كانت طريقة تحديدها آنئذ، سواء بمؤشر أو بدون مؤشر، فإننا نجد أن الطريقة الثانية جمع فيها المشرع الفرنسى عدة مؤشرات(٢). ومزج بينها بطريقة تتسم بالمرونة، وكون منها مؤشرا واحدا، يعد، فى نظرنا، تطبيقا تشريعيا لأساس تغير الإلتزام فى شأن عقود إيجار الأماكن الخاضعة لأحكام قانون أول سبتمبر ١٩٤٨. فالمشرع يخول المتعاقدين إمكانية الإتفاق على أن تكون الأجرة هى «القيمة الإيجارية» للعين محل العقد، عوضا عن أن يحددا الأجرة بمبلغ مسمى. بل وللمتعاقدين أن يختارا شقا واحدا من هذا المؤشر وأن يحددا على أساسه الأجرة الواجبة السداد، شريطة ألا يؤدى إختيارهم هذا إلى رفع الإيجار عن «القيمة الإيجارية» للعين.

ولقد كانت الطريقة الملغاة، بمقتضى القرار رقم ٧٤١ لسنة ١٩٧٧، تمثل تطبيقا تشريعيا آخرا لأساس تغير الإلتزام فى تحديد الأجرة أكثر وضوحا من غيره من التطبيقات. ففيها ترتبط الأجرة «بدالة الأجور»(٣). وكل مايحدث للأجور من تغير يؤثر فى الأجرة زيادة أو نقصا بحسب الأحوال.

---

(1) MAZEAUD, Lecons de droit civil, 3 eme tome, 2 eme partie 5 eme edition, Op. Cit., P. 552, No. 1214.

(٢) هى مؤشر «السعر الأساسى للمتر المربع كما تحدده القرارات» التى تصدر فى هذا الشأن، بالإضافة إلى أن كل مساحة - عدا المساحة الفعلية - تدخل فى التقدير تعتبر بذاتها مؤشرا أو دالة التزام.

(3) MAZEAUD, Lecons de droit civil, Op. Cit., P. 552, No, 1214.

٧٣ - ثالثا: عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأراضى الزراعية:-

كما دعت الظروف الإقتصادية التى اعقبت الحرب العالمية الأولى المشرع إلى التدخل لوضع حد لإستغلال أصحاب الملكية العقارية المبنية لمستأجرى الوحدات، بوضع حد أقصى للأجرة، دعت، أيضا، إلى التدخل فى علاقة مستأجرى الأرض الزراعية بمالكيها، بقصد تحقيق العدالة بحماية المستأجر من استغلال المالك(١)، وذلك بوضع حد أقصى لاجرة الأرض لايجوز الإتفاق على خلافه.

وقد تولى قانون الإصلاح الزراعى فى مصر(٢) بيان الأحكام الخاصة بكيفية تحديد الأجرة فى الأراضى الزراعية، تحديدا يقيم العدالة بين عناصر الإنتاج: عنصر رأس المال ويمثله المالك، وعنصر العمل ويمثله المستأجر.

ويمكن تصنيف الأحكام التى أتى بها قانون الإصلاج الزراعى إلى نوعين من الأحكام. النوع الأول يحكم عقود الإيجار العادية فى حين يحكم النوع الثانى عقود الإيجار بالمزارعة.

---

(1) MAZEAUD, Lecons de droit civil, Op. Cit., No. 1233, P. 575.

(٢) وهو المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وماطرأ عليه من تعديلات. وكان أول تدخل تشريعى فى مصر، فى هذا المجال، يهدف إلى معالجة الآثار الناجمة عن تقلب الظروف الإقتصادية. هو القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢١ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢١ والصادر فى أعقاب الحرب العالمية الأولى للترخيص فى إعادة النظر فى إيجارات الأراضى الزراعية عن السنة الزراعية ١٩٢٠ - ١٩٢١. ثم توالى بعد ذلك التدخل التشريعى الهادف إلى إعادة التوازن إلى عقود إيجار الأراضى الزراعية والذى اختل نتيجة تغير الظروف الإقتصادية، خصوصا ظروف بيع القطن المصرى فى الأسواق العالمية والمحلية. ففى السنة التالية على صدور القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢١ صدر القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٢٢ متبعا نفس الطريقة التى سنها سلفه. ثم صدر، بعد ذلك، القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٣٠ ليؤجل المطالبة بخمس أجرة الأراضى الزراعية والمستحقة على الفلاحين عن السنة ١٩٢٩ - ١٩٣٠ الزراعية إلى أول سبتمبر ١٩٣١. وبعد ذلك صدر .القانون رقم ١٠٣ لسنة ٣١ ليعفى المستأجرين من هذا الخمس بشروط معينة. وهكذا توالت التشريعات الهادفة إلى إعادة التوازن بين مؤجرى ومستأجرى الأراضى الزراعية إلى أن إنتهى المطاف بالقانون رقم ١٩٩٢/٩٦. مرورا بالمرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١٩٧٨ وما طرأ عليه من تعديلات.

وقد نظم الباب الأول من الكتاب السادس من القانون الزراعى الفرنسى[١]، هذين النوعين فى الإجارة. وهو ما سنراه بالتفصيل فيما يلى.

ولكن قبل أن نعرض لهذين النوعين من العقود لنستكشف التطبيق التشريعى لأساس تغير الإلتزام فى النصوص المنظمة لكل منهما، نذكر بأنه طبقا لنص المادة ٣٣ مكرر[٢] من قانون الإصلاح الزراعى، عندنا، تستثنى بعض عقود إيجار الأراضى من أحكام الحد الأقصى للأجرة، لترتد للمتعاقدين حريتهما فى تحديد الأجرة وليكون لهما، تبعا لذلك، الحق فى ربط الأجرة بمؤشر التزام، إذا ما تبين لهما أن، فى ذلك، مصلحتهما أو على الأقل مصلحة الطرف المقرر الشرط لصالحه. فالمادة المذكورة تنص على أنه «لايسرى الحد الأقصى لأجرة الأراضى الزراعية المشار إليه فى المادة السابقة على الأراضى التى تؤجر لزراعتها حدائق أو موز أو نباتات مستديمة أو بالنباتات التى تبقى مزروعة فى الأرض لأكثر من سنة عدا القصب ...»

٧٤ - ا - الايجار العادى :-

تنص المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعى[٣] فى فقرتها الأولى على أنه «لايجوز أن تزيد الأجرة السنوية للأرض الزراعية على سبعة أمثال الضريبة العقارية السارية». من هذا النص يمكننا أن نستخلص تطبيقا تشريعيا لأساس تغير الإلتزام، فى خصوص عقود الإيجار العادية للأراضى الزراعية، هو ربط الأجرة الواجبة السداد بمؤشر القيمة الإيجارية. ذلك أن «سبعة أمثال الضريبة العقارية السارية[٤]» ماهى إلا القيمة الإيجارية للأرض الزراعية كما

---

(١) القانون الزراعى الفرنسى صادر بالقرار رقم ٤٣٢ لسنة ١٩٥٥. ولكن الكتاب السادس منه الذى يحمل عنوان «الإيجارات الزراعية» قد أعيدت مراجعته وتنقيته بمقتضى الأمرين رقمى ٢١٢، ٢١٣ لسنة ١٩٨٣ الصادرين فى ١٦ مارس ١٩٨٣.

(٢) والمضافة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦.

(٣) المعدلة بالقوانين أرقام ١٧ لسنة ١٩٦٣ و ٥٢ لسنة ١٩٦٦ و ٦٧ لسنة ١٩٧٥.

(٤) مقصورة على الضريبة الأصلية دون الضرائب الأخرى على الرغم من إغفال النص ذكر لفظ «الأصلية» كما كان الأمر قبل التعديل. المستشار محمد عزمى البكرى - أحكام الايجار فى قانون الاصلاح الزراعى - الطبعة الثانية - المكتبة القانونية - ص ٣٤ - بند ٢١. وكذلك لا تدخل فى تحديد القيمة الايجارية أية ضرائب أو رسوم أخرى كضريبة الدفاع أو الأمن القومى أو رسوم مجلس المحافظة أو رسوم الطرق، وغيرها.

تحددها اللجان المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥، بشأن الضرائب العقارية(١). بناء على ماتقدم يمكن أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن أجرة الأرض محل عقد الإيجار هى القيمة الأيجارية لها، دون أن يحددا مبلغا معينا، فنلجأ، عندئذ، إلى القيمة الإيجارية لنعرف مبلغ الإلتزام الواقع على عاتق المستأجر، أى نلجأ إلى المؤشر الذى اتفق عليه المتعاقدان.

ونجد فى القانون الزراعى الفرنسى، أيضا، تطبيقا تشريعيا لأساس تغير الإلتزام أكثر وضوحا من ذلك الذى حواه قانون الإصلاح الزراعى، عندنا، فالمادة ق ٤١١-١١ من الكتاب السادس (جديد) من القانون الزراعى الفرنسى تنص على أن «أجرة الزراعة التى تحدد بكمية محددة من السلع تقدر - على الخصوص - تبعا لفترة الإجارة مع الأخذ فى الإعتبار وجود شرط استرداد احتمالى أثناء فترة الإيجار وكذلك حالة وأهمية المبانى السكنية والمخصصة للإستغلال وجودة التربة والبنيان المجزء للأموال المؤجرة.

ويجب أن تكون هذه الأجرة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين بواسطة السلطة الإدارية بناء على اقتراح اللجان الإستشارية الممثلة للمقاطعات، وعند اللزوم تلك الممثلة للأقاليم والوطنية، وفى حدود الشروط التى يحددها قرار يصدر من مجلس الدولة طبقا لنص المادة ق ٤١١-١٦ ...».

ولفهم الحكم الوارد فى الفقرة الأولى والفقرة الثانية من المادة ٤١١-١١ من القانون الزراعى الفرنسى نسلم أولا بأن «نظام تحديد الأجرة يتضمن عمليتين: التحديد الإدارى للقيمة الإيجارية العادية للإستغلال فى المنطقة، وتحديد الأطراف لمبلغ الأجرة للإستغلال محل العقد»(٢). ويتم التحديد الإدارى للقيمة الإيجارية العادية بقرار من السلطة الإدارية

---

(١) السنهورى - الوسيط - الجزء السادس - المجلد الثانى - سالف الذكر - بند ٧٤١ - ص ١٢٩٩.

(2) MAZEAUD, Lecons de droit civil. Op. Cit., No. 1266, P. 633.

المختصة(١)، بناء على الإقتراحات المقدمة، فى هذا الخصوص، من اللجان الإستشارية، على أن يتضمن هذا القرار الحدين الأدنى والأقصى للقيمة الإيجارية فى المنطقة، وعلى أن يأخذ فى اعتباره مجموعة اعتبارات، من أهمها نوعية التربة ونمط الإستغلال ... وغير ذلك من الأمور التى تؤثر فى القرار. ويشترط كذلك أن يحدد القرار الحدين الأدنى والأقصى بالسلع العينية وليس بالنقود.

أما فيما يتعلق بتحديد الأطراف للأجرة فى العقد فإن الأجرة يجب أن تكون بين الحدين اللذين رسمهما القرار الإدارى، كما يجب أن تكون محددة بسلعة أو بعدد من السلع المنصوص عليها فى القرار الإدارى المحدد للقيمة الإيجارية، لا أن تحدد بالنقود. لكن يمكن أن يكون دفع الأجرة، المقدرة إجباريا بالسلع، نقدا، إعمالا لنص المادة ٤١١-١٢ ق من الكتاب السادس (جديد) من القانون الزراعى الفرنسى التى تقضى بأن دفع الأجرة يتم «إما عينا وإما نقدا وإما جزءا عينيا وجزءا نقديا» بحسب مايتفق عليه المتعاقدان، وأن كان الإيجار فى حالة الدفع نقدا يحسب على أساس سعر السلعة أو السلع المحدد على أساسها الإيجار، فى يوم الإستحقاق(٢).

فالمشرع الفرنسى ربط، إذن، كم الأجرة - فى حالة دفعها نقدا - بسعر السوق للسلع الزراعية فى يوم استحقاق الأجرة. فهو يخول المتعاقدين اختيار سلعة زراعية أو أكثر كمؤشر التزام يتحدد، بناء عليه، التزام المستأجر بدفع الأجرة.

٧٥ - ٢ - الإيجار بالمزارعة :

تنص المادة ٣٣ مكرر ب من قانون الإصلاح الزراعى، المضافة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، فى فقرتها الأخيرة، على أنه «ولايجوز أن يزيد نصيب

---

(١) حاكم الولاية أو المقاطعة، بحسب الأحوال، طبقا للقرار رقم ١٩٧٦/٤٢٩ الصادر بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٧٦.

(2) MAZEUD, Lecons de droit civil, Op. Cit. No. 1886, P. 635.

المؤجر فى حالة الإيجار بطريق المزارعة(١) عن نصف غلة الأرض بعد خصم المصروفات التى يلزم بها مناصفة مع المستأجر» ومن هذا النص نستخلص بوضوح تطبيقا تشريعيا لأساس تغير الإلتزام فى شأن المزارعة. فمن الطريقة التى حددها النص للأجرة، وهى نسبة ٥٠٪ من صافى الغلة، يستطيع المستأجر بالإتفاق مع المؤجر على ألا يذكرا الأجرة نقدا ولاعينا وإنما فقط بنسبة منوية من صافى غلة الأرض محل المزارعة على شرط ألا تزيد هذه النسبة على ٥٠٪.

وعليه، يجوز الاتفاق بين المؤجر والمستأجر، فى عقد المزارعة على أن تكون أجرة الأرض موضوع العقد مساوية لنسبة لاتجاوز ٥٠٪ من غلة الأرض بعد خصم المصروفات. وهذا الإتفاق(٢) يساعد المتعاقدين على تجنب آثار التقلبات الإقتصادية غير المتوقعة، كإرتفاع أثمان الأسمدة، أو إيجار المعدات الزراعية، أو إصابة المحصول بآفة، أو جفاف الترع العمومية فى إحدى نوبات زراعة المحصول مما يؤدى إلى ضعف إنتاجيته.

وفى القانون الفرنسى نجد نفس المؤشر وقد نصت عليه المادة ١١٧-٣ ق من الكتاب السادس (جديد) التى تقضى بأن «فى الإيجار (تقصد

---

(١) المزارعة «عقد إيجار يقع على أرض زراعية سواء كانت أرضا عراء أو كانت مغروسة بالإشجار كأرض الحدائق. وتتميز عن الإيجار العادى للأرض الزراعية بأن الأجرة فيها نسبة معينة من نفس المحصول الناتج من الأرض كالنصف أو الثلث». السنهورى - الوسيط - جـ ٦ - مجلد ٢ - سالف الذكر - بند ٧٦٥ - ص ١٢٦٤، أو هى «عقد يعطى بمقتضاه مالك العقار عقاره مؤاجره إلى مستأجر يسمى مزارع أو مستأجر بحصة عينية من المزروعات، لفترة محددة، على أن تقتسم، فى نهاية الإستغلال، الزراعى الثمار والخسارات».

MAZEAUD, Lecons de droit civil, Op. Cit,. P. 684, No. 1296.

(٢) وإن كان الزاميا لأنه هو الذى يميز المزارعة عن الإيجار العادى.

إيجار المزارعة) لايجوز أن يزيد نصيب المؤجر أو الأجرة عن ثلث مجموع الناتج مالم يصدر قرار بخلاف ذلك من المحكمة الإقليمية»(١). فالمشرع الفرنسى، أيضا، ضرب مثلا على كيفية تحديد القيمة الإيجارية فى الإيجار بالمزارعة، وهو أن يكون التحديد بنسبة منوية من الغلة الصافية للأرض محل الإيجار بشرط ألا تزيد هذه النسبة عن الثلث، مالم يكن هناك قرار قضائى من المحكمة الإقليمية يقضى بأن تزيد النسبة المقررة للمؤجر على الثلث.

---

(١) وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه نتيجة لهذا التحديد لايمكن أن يكون المستأجر ملزما بأى مقابل أو أداء أو خدمة عينية أو نقدية أو عمل زيادة على الجزء المحدد من المحصول.

وتنص الفقرة الثالثة على أن الفقرتين الأولى والثانية منها متعلقتان بالنظام العام.

الفرع الثالث

الصور التشريعية لأساس تغير الالتزام في عقد المرتب لمدى الحياة[١]:

٧٦ - لانجد فى القانون المدنى الفرنسى تطبيقا تشريعيا لقدرة المتعاقدين، فى عقود المرتبات العمرية، على ربط التزام المدين بالمرتب، بمؤشر يتحدد فى ضوئه المرتب، ويتجنبان به الآثار التى تنجم عن التقلبات الإقتصادية، وعلى الخصوص إنخفاض القوة الشرائية للنقود، أو إرتفاع قيمة المقابل إذا ماكان المرتب مقررا فى مقابل نقل ملكية منقول أو عقار أو أى حق عينى آخر.

لكن بصدور الأمر رقم ١٩٥٨/١٢٧٤ فى ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨[٢]، والمعدل بالأمر رقم ١٩٥٩/٢٤٦ الصادر فى ٤ فبراير ١٩٥٩[٣]، ثار التساؤل عن شرعية ربط المرتب بأساس أو مؤشر التزام. والسبب فى هذا التساؤل إن الأمر المذكور حرم، بمقتضى مادته التاسعة والسبعين، ربط الإلتزام بأساس مالم يكن هذا الأساس، مرتبطا بموضوع الإلتزام أو بنشاط أحد

---

(١) تتقرر المرتبات العمرية، بالاضافة إلى التعاقد، عن طريق الوصية، وعن طريق الحكم القضائى فى حالة الحكم بتعويض المضرور، إذ يستطيع القاضى أن يجعل التعويض فى صورة مرتب لمدى حياة المضرور، أو حتى لمدى حياة ورثته.
والمرتبات لمدى الحياة قد تكون بعوض وقد تكون بغير عوض.

(2) J.O. 31 Decembre 1958, P. 12071.

(3) J.O. 08 Fevr. 1959, P. 1751.

المتعاقدين(١)، وذلك باستثناء الإلتزامات المقررة من أجل النفقة، دون أن يبين ما إذا كانت المرتبات العمرية تدخل فى طائفة التصرفات المحظور ربط الإلتزامات المتولدة عنها بأساس، أم أنها، على العكس، تدخل فى طائفة التصرفات التى يجوز ربط الإلتزامات المتولدة عنها بمؤشر.

ولوضع حد لهذا التساؤل أصدر المشرع الفرنسى القانون رقم ٦٢/٦٩٩ بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٦٣ ونص فى مادته الرابعة على أنه «فى تطبيق المادة ٣/٧٩ من الأمر رقم ٥٨/١٣٧٤ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨ والمعدل بالمادة ١٤ من الأمر رقم ٥٩/٢٤٦ الصادر فى ٤ فبراير ١٩٥٩، تعتبر المرتبات التعاقدية المبرمة بين الأفراد ديون نفقة ...».

وعليه، فإن المرتبات العمرية المقررة بعقود بين الأفراد تدخل ضمن الشق الثانى من الإستثناء الوارد فى المادة ٧٩ من الأمر رقم ٥٨/١٣٧٤ المعدل بالأمر رقم ٥٩/٢٤٦، وهو الشق الخاص بديون النفقة.

ولذلك يرى البعض، فى الفقه الفرنسى، أن الإلتزام بدفع المرتب العمرى يمكن ربطه بأى مؤشر يختاره المتعاقدان، حتى ولو كان مؤشر الذهب، بل ولو كان لايرتبط بموضوع العقد ولابنشاط أحد المتعاقدين(٢).

لكن البعض الآخر يرى - بحق - أن عقود المرتبات العمرية تأخذ الإلتزامات المتولدة عنها حكم التزام النفقة(٣)، وبالتالى يكون شرط ربط التزام بأساس صحيحا إذا لم يكن هذا الأساس هو الذهب أو العملة الأجنبية.

---

(1) GERARD FARJAT, Droit Prvie de l`economie, 2, Op. Cit., P. 229 et suivant.

(2) PIERRE DUPONT DELESTRAINT, Droit civil, principaux Contrats, Op. Cit., P. 125.

(3) MAZEAUD, Lecons de droit civil, Op. Cit. No 1626, P. 1062.

خلاصة القول أننا نستطيع أن نستخلص من التشريعات الفرنسية الصادرة فى خصوص عقود المرتبات العمرية تطبيقا تشريعيا لقدرة الأفراد على ربط التزام المدين بدفع المرتب بمؤشر التزام، هذا المؤشر قد يكون سعر سلعة أو مادة معينة، أو تكاليف المعيشة أو غير ذلك.

هذا عن الوضع فى فرنسا، أما عن الوضع فى مصر فإننا نجد أن القانون المدنى، الذى عالج عقد المرتب لمدى الحياة فى الفصل الثانى من الباب الرابع من الكتاب الثانى، لم يتضمن تطبيقا تشريعيا لقدرة الأطراف على ربط إلتزام المدين بالمرتب بمؤشر التزام. وعلى الرغم من ذلك يرى جانب من الفقه المصرى أنه لايوجد مايمنع الأطراف المتعاقدة من الإتفاق على ربط التزام المدين بالمرتب العمرى بمؤشر. ويبرر ربط المرتب بدالة بأن جعل الأقساط متساوية أمر لايتلاءم مع تغير أسعار العملة على المدى الطويل، خصوصا إذا كان المرتب مقررا لفترة طويلة[1]

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ٧ - المجلد الثانى - الطبعة الثانية (١٩٩٠) - ص ١٣٤٩ - هامش ١.

المطلب الثالث

مشكلة الغاء المؤشر من التداول

٧٧ - قد يحدث أن يتفق المتعاقدان على ربط أحد الإلتزامات المتولدة عن العقد بمؤشر (سلعة من السلع مثلا) متداولة فى التعامل عند الإتفاق، ثم تلغى الدولة، فى وقت لاحق، هذه السلعة من التداول، أو تقيد تداولها باستلزام مجموعة من الشروط، لم يكن المتعاقدان، بالفرض، قد استوفياها، فيثور هنا التساؤل عن مصير الإتفاق.

على سبيل المثال كانت زراعة الدخان فى مصر من الزراعات التقليدية حتى عام ١٨٩٠، حيث تدخل بعدها المشرع وحرم زراعته بالأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونيو ١٨٩٠، إستنادا إلى أن إستيراد الدخان يدر على الدولة، عن طريق الضرائب التى تفرض على إستيراده، عائدا يفوق مايعود عليها من زراعته. مثال آخر: كانت السلع، ضرورية وكمالية، تخضع فى سعرها لقانون العرض والطلب. لكن معظم الدول تدخلت، ولازالت تتدخل، فى تحديد سعر السلع الضرورية حماية لبعض الفئات الإجتماعية ذات الدخل المحدود. مثال ثالث: كان التعامل فى النقد الأجنبى طليقا من أى قيود. لكن بعض الدول قيدت هذا التعامل بإقتضاء مجموعة من الشروط من أهمها الحصول على إذن بالتعامل فيه من السلطات المختصة. وهى تهدف من وراء ذلك إلى حماية عملتها الوطنية من التدهور فى مواجهة العملات الأجنبية، وبالتالى، تحمى الإقتصاد الوطنى[١] من الهزات التى قد تؤثر فى مستوى معيشة الأفراد.

فلو افترض، فى المثال الأول، وكان المتعاقدان، فى عقد إيجار الأراضى

---

(1) RENE ROBLOT, le repercussions de la reglementation Francaise des changes sur la formation et l`execution des obligations, Rev. de droit social, 17 annee, No. 3 (Mars 1954), 1 er partie, P. 129, 3.

الزراعية، قد اتخذا من سعر طن الدخان مؤشر التزام ربطا به كم التزام المستأجر بدفع الأجرة، وقت أن كانت زراعته مباحة، كأن اشترط المؤجر على المستأجر أن تكون أجرة الفدان سنويا هى سعر طنين من الدخان كحد أدنى وسبعة أمثال الضريبة العقارية كحد أقصى. ولو فرض، فى المثال الثانى، واشترط المتعاقدان ربط أحد الإلتزامات المتولدة عن العقد بسلعة دخلت فيما بعد فى التسعير الجبرى، كأن اتفق العامل الذى يعمل فى محل جزارة مع رب العمل على أن الأجر اليومى للعامل هو مايساوى ثمن كيلو من اللحم الضأن، ثم اخضعت الدولة اللحوم بعد ذلك للتسعير الجبرى، مما ترتب عليه، فرضا، أن صار سعر الكيلو من اللحوم يقل عن نصف سعره قبل التسعير. ولو فرض، فى المثال الأخير، واتفق فى عقد صرف على أن يسدد أحد الطرفين للآخر مبلغا بالعملة الوطنية يساوى مليون دولار أمريكى أو نصف مليون جنيه استرلينى، على سبيل المثال، وتدخلت الدولة، فيما بعد، وقيدت التعامل فى النقد الأجنبى. فى هذه الأمثلة وغيرها يثور التساؤل عن مصير الأساس المتفق عليه بين المتعاقدين كمحدد لأحد الإلتزامات الناشئة عن العقد.

بداية يجب أن نلاحظ أن كل القوانين التى تصدر بتنظيم تداول سلعة معينة أو تحريم تداولها تتعلق بالنظام العام. وبالتالى تكون ذات أثر فورى فى التطبيق. أى أن الاتفاقات التى تمت قبل صدور هذه القوانين تخضع لأحكامها، من وقت صيرورتها نافذة. وعلى ذلك لايثور أى شك فى أن المؤشر الذى بنى على سلعة الغيت من التداول يصبح غير ملزم لأى من طرفيه، بل يصبح مؤشرا غير مشروع. وكذلك الأمر بالنسبة للمؤشر الذى تطلب المشرع لصحته شروطا معينة لم يستوفيها العاقدان وقت العقد، فإنه يصبح أيضا غير ملزم لأى من طرفيه، بل ويصبح مؤشرا غير جائز قانونا.

من هنا تبدأ مشكلة الغاء المؤشر من التداول، أو تقييد تداوله.

لمواجهة هذه المشكلة يمكن تصور ثلاثة حلول، نجملها فيما يلى:

الحل الأول:

هو أن يفرض قاضى الموضوع، المعروض عليه النزاع، على المتعاقدين مؤشرا آخر يحل محل المؤشر الملغى أو الذى قيد تداوله بضوابط لم يرعها العاقدان عند التعاقد ويستحيل عليهما، فى نفس الوقت تداركها عند عرض النزاع على القضاء، على أن تكون لهذا الفرض القضائى قوة ملزمة للمتعاقدين، بحيث لايجوز لأى منهما أن يرفض المؤشر المفروض من المحكمة. وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الحل(١)، كما نادى به بعض الفقهاء هناك. فعند هؤلاء أنه «فى حالة تغير وسيلة الحساب أو اختفاء المؤشر فإنه يجب على القاضى أن يبحث عن مؤشر جديد، يضمن احترام ارادة المتعاقدين»(٢).

الحل الثانى :

هو أن يحيل قاضى الموضوع الأمر إلى خبير يوكل إليه أمر اقتراح الحل الأمثل بعد أن يبحث ظروف ووقائع القضية المعروضة. ويستوى أن يكون الحل الذى يقدمه الخبير استبدال المؤشر الملغى بمؤشر آخر أقرب مايكون إليه أو أن يكون حلا جزافيا دون الإستناد إلى أى مؤشر.

وقد ذهبت إلى تبنى هذا الحل بعض المحاكم الفرنسية(٣)، عندما عرضت عليها منازعة تعلق بمشكلة الغاء المؤشر أو تقييد استخدامه بشروط معينة.

---

(1) BORDEAUX, 13 Oct. 1942, J.C.P. 1942, II, 2063.

(2) MLLE HENRIETTE MARIE, La revision des rentes viageres, librairie du Journal des notaires et des avocats, edition 1980, P. 37, No 83.

فهذا الرأى يعطى القاضى السلطة لمواجهة المشكلة، وإن كان يقيده بضرورة أن يتفق المؤشر الذى يقترحه مع إرادة المتعاقدين، على الأقل الضمنية.

(3) AIX, 1 er Decembre 1942, J.C.P. 1942,II, 2076.

الحل الثالث:

فهو أن تقف المحكمة إزاء الموضوع موقفا سلبيا[١]، فتحيل الأمر إلى الطرفين المتعاقدين ليختارا الحل الذى يرتضيانه. فالمحكمة لا تفرض على المتعاقدين مؤشرا جديدا كما فى الحل الأول، ولا تحيل قضيتهما إلى خبير يدلى بدلوه فيها، كما فى الحل الثانى. بل تعيدها إليهما. فإن نجحا فى مواجهة المشكلة كان بها، وإلا كان على الطرف الذى يتعسف فى استعمال حقه رفض استبدال المؤشر المتفق عليه بآخر مشروع أو مستوف للشروط التى تطلبها القانون، متى كان لايقصد بهذا الرفض سوى الإضرار بالطرف الآخر، أو كانت المنفعة التى تعود عليه من جراء هذا الرفض لاتتناسب البتة مع الأضرار التى تصيب الطرف الآخر، أو كان رفضه غير مشروع[٢]، كان عليه أن يعوض الطرف الآخر طبقا لقواعد التعسف فى استعمال الحق، لاطبقا للعقد المبرم بينهما.

والحق، أنه يعد تحكما، منا، ترجيح حل على آخر من هذه الحلول الثلاثة، لأن لكل منها وجاهته من الناحية العملية، بغض النظر عن الإعتبارات النظرية التى يستند إليها.

ولذلك، يمكننا القول بأن لقاضى الموضوع، الذى يعرض عليه نزاع بشأن الغاء مؤشر من التداول أو تقييده، أن يختار، من هذه الحلول الثلاثة، الحل الذى يلائم النزاع المعروض عليه، طبقا لظروف وملابسات القضية. فهناك من الوقائع والملابسات التى تحيط بقضية معينة، يفضل، معها، أن يلجأ القاضى إلى فرض المؤشر الذى يراه مناسبا على طرفى العقد، ليكون بديلا للمؤشر الملغى. وهناك من الظروف والملابسات التى تحيط بقضية أخرى مايفضل، معه، أن يحيل القاضى الأمر إلى خبير، ليقرر الأخير الحل الأمثل من وجهة نظره. وهناك صنف ثالث من القضايا التى تستدعى أن يترك أمر اختيار الحل المناسب لإرادة الأطراف المتعاقدة، بعد التلميح لهم بأن قواعد المسئولية التقصيرية، وعلى الخصوص، قواعد التعسف فى إستعمال الحق، ستكون سلاحا مسلطا على الطرف الذى يتعسف فى استعمال حقه، ويعوق، بالتالى، الوصول إلى حل لمشكلة إلغاء المؤشر، المتفق عليه فى العقد، من التداول أو تقييد تداوله.

---

(1) Cass. Civ. 25 Avril 1952, J.C.P., 1952, 7181.

(٢) إعمالا لنص المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى بفقراتها الثلاث.

الفصل الثانى

التعديل الاتفاقى للالتزامات العقدية

٧٨ - يعلم القانونيون بالتجربة أن أداءات المتعاقدين لن تكون متعادلة من الناحية القانونية(١)، لذلك تبارى الفقهاء فى تقديم الحلول القانونية اللازمة لاقامة مثل هذا التعادل أو لإعادته، لكى يستنير بها المشرع عند وضع القوانين، ويسترشد بها القضاة عند تفسيرها أو عند وضع الحلول الخلاقة للفصل فى المنازعات التى تعرض عليهم، دون أن يجدوا فى التشريع نصا يحكمها.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المتعاقدين قد يريا بنفسيهما أن عدم التعادل فى أداءاتهما صار واضحا نتيجة تغير الظروف الإقتصادية بعد ابرام العقد، الأمر الذى قد يدفع بهما أثناء تنفيذ العقد، إلى الدخول فى مفاوضات جديدة بهدف إقامة العدالة العقدية، تلك العدالة التى كانت متحققة لحظة إبرام العقد، ولكنها اختلت بفعل تغير الظروف الإقتصادية أثناء فترة تنفيذه. أى أن المتعاقدين يتفقان على إعمال أثر الظروف الإقتصادية المتغيرة(٢).

---

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par la volonte des parties, thess, Paris, L.G.D.J., 1980, P. 243, No. 674.

(٢) يلاحظ أن إعمال أثر الظروف الإقتصادية المتغيرة قد يتم بإرادة أحد الطرفين فقط إذا خوله القانون مثل هذه الإمكانية، كما فى حالة إجبار رب العمل العامل على تغير العمل المتفق عليه فى حالة الضرورة والقوة القاهرة طبقا لنص المادة ٥٤ من قانون العمل رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨١ وكما فى حالة تعديل بعض العناصر غير الجوهرية لعقد العمل. الدكتور إيهاب حسن اسماعيل - شرح قانون العمل - بدون سنة طبع - ص ٢١٩ - بند ١٠٤.

JEAN SAVATIER, Le modification du contrat de travail, revue du droit social, 1980, No. 03, P. 221.

هذا الإتفاق الذى يتوصل إليه المتعاقدان بهدف تعديل(١) الإلتزامات المتولدة عن العقد، تعديلا يدخل فى حسبانه الظروف الإقتصادية الجديدة، قد يتشابه مع بعض الإتفاقات الأخرى، الأمر الذى يقتضى رسم الحدود الفاصلة بينه وبين مايتشابه معه من اتفاقات. وهذا ما سنخصص له المبحث الأول من هذا الفصل.

وللإتفاق الجديد هذا أحكامه الخاصة. يتعلق بعض هذه الأحكام بكيفية اتمامه، فى حين يتعلق البعض الآخر منها بالنظام القانونى الذى يخضع له الإتفاق بعد اتمامه. والأحكام الخاصة بالاتفاق الجديد، هذا، هى ماسنخصص لها المبحث الثانى من هذا الفصل.

وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول : تمييز الإتفاق المعدل للإلتزامات العقدية عما قد يتشابه معه من اتفاقات.

المبحث الثانى : أحكام الإتفاق المعدل للإلتزامات العقدية.

---

(١) عرف ALAIN GHOZI التعديل الإتفاقى بأنه «العمل القانونى الذى يستطيع الأطراف بمقتضاه أن يتفقوا على أن يغيروا - اثناء فترة التنفيذ - واحدا أو أكثر من عناصر الإتفاق الذى يربطهم مع الإبقاء على الرابطة العقدية».

la modification de l`obligation par la volonte des parties. these, Op. Cit., 1980, P. 242, No 3.

فـ «بالتنزيل والإضافة يزيل الأطراف سبب الصعوبة التى تواجههم، ويكملون الرابطة الإلزامية بإحلال التزام بديل. وبذلك ينقذوا اتفاقهم بتعديله»

ALIAN GHOZI, these, Precite, P. 4, No. 9.

والتعديل ينصب على محتوى العقد. أما العقد فى ذاته فإنه يظل كما هو:

JEAN SAVATIERE, La modification unilaterale du contrat de travail, Reuve de droit social, Mars 1981, P. 219.

فهو يقول:

(Les contrats a execution successive ne peuvent durer qu` en) s`adaptant aux conditions neuvelles son prevues initialement par les parties, Il est necessaire d`organiser leur revision. Mais c`est toujours le meme contrat qui se poursuit bien que son contenu se modifie progressivment.).

المبحث الأول

تمييز الاتفاق المعدل للإلتزامات العقدية
عما قد يتشابه معه من اتفاقات

٧٩ - يتشابه اتفاق الأطراف المعدل لإلتزاماتهم أو لبعضها، بقصد مواجهة تغير الظروف الإقتصادية، مع الإتفاقات المتعلقة بتجديد الإلتزام، بإنهاء التزام قديم وإنشاء التزام جديد بدلا منه. ويتشابه أيضا، مع الإتفاقات التى ينهى بها الأطراف نزاعا قائما بينهم، والتى تسمى الصلح.

من أجل ذلك يتعين التمييز بين التعديل والتجديد من ناحية، وبين التعديل والصلح من ناحية أخرى، الأمر الذى يقتضى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتى:

المطلب الأول : تمييز التعديل عن التجديد.

المطلب الثانى : تمييز التعديل عن الصلح.

المطلب الأول

التعديل والتجديد

٨٠ - يعرف التجديد بأنه «الإنقضاء لإلتزام بإنشاء التزام جديد يحل محل القديم[١]» أو «أنه عملية قانونية بواسطتها يمكن استبدال التزام جديد بالتزام قديم عن طريق تغيير عنصر من العناصر المكونة لهذا الإلتزام[١]». فهو «استبدال دين جديد بدين قديم .... فهو اتفاق على إنقضاء الإلتزام القديم وعقد لإنشاء الإلتزام الجديد[٣]». فالتجديد يقوم على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر الإلتزام القائم، وقت الإتفاق على التجديد بآخر[٤].

لكن التعريفات السابقة للتجديد، رغم أنها ركزت على عنصر هام من عناصر التجديد، ألا وهو عنصر استبدال أحد عناصر الإلتزام محل التجديد، إلا أنها أغفلت عنصرا لا يقل أهمية عن عنصر الإستبدال، هو عنصر نية التجديد. فالمشرع المصرى نص فى المادة ١/٣٥٤ من القانون المدنى على أن «التجديد لايفترض ...»، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة ١٢٧٣ من القانون المدنى[٥].

---

(1) JEAN CARBONNIER, Droit civil, 4, Les obligations, THEMIS, P.U.F., 10 ime edition (1979), P. 537, No. 135.

(2) GERARD FARJAT, Droit Prive de l`ecomie Op. Cit., P. 465.

(٣) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ٢ - المجلد الثانى - الطبعة الثانية - ص ٩٥٤ - بند ٤٨٤.

(٤) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ٩٧٥ - بند ٥٨٤.

(5) (La novation ne se presume point, il faut que la volonte de l`operer resulte clairement de l`acte).

وينص الفصل ٣٤٧ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى على أن «التجديد انقضاء التزام فى مقابل انشاء التزام جديد يحل محله والتجديد لايفترض بل يجب التصريح بالرغبة فى إجرائه».

وتنص المادة ٣٤٥ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى على أن «التجديد هو انقضاء التزام فى مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله. والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بإرادة إجرائه».

وعليه، لو تخلفت لدى الأطراف نية التجديد لكنا بصدد عملية قانونية أخرى غير التجديد، لأن التجديد يقوم على استبدال عنصر من عناصر الإلتزام القائم بآخر يحل محله مع نية التجديد[١]. ولذا، فإننا نعرف التجديد بأنه الإتفاق على استبدال عنصر أو أكثر من عناصر التزام سابق فى وجوده، إستبدالا يترتب عليه انقضاء الإلتزام القديم ونشوء التزام آخر جديد بدلا منه.

ويظهر هذا التعريف نية التجديد. فهو يبدأ بالاتفاق. والإتفاق لايكون إلا مع النية، أو هو النية معبرا عنها فى العالم الخارجي. وبذلك يتفادى هذا التعريف ما أخذناه على التعاريف السابقة من أنها لم تشر إلى نية التجديد[٢]. كما أنه يضع ضابطا للإستبدال الذى يقود إلى التجديد، وهو أن يترتب على هذا الإستبدال انقضاء الإلتزام القديم ونشوء الإلتزام الجديد. أى أنه يتطلب أن يكون الإستبدال جوهريا.

وتقترب هذه العملية القانونية التى تسمى «التجديد» من حدود التعديل الإتفاقى للإلتزامات العقدية، والذى يتم لمواجهة آثار تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، وإن كان ذلك لا يجعل العمليتين القانونيتين تختلطان. بل تظل لكل منهما حدودها الواضحة. وتظهر الحدود الواضحة بينهما من خلال الشروط المطلوبة لكل منهما ومن خلال الآثار المترتبة على كل منهما.

ولذلك فإننا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول : تمييز التعديل عن التجديد من ناحية الشروط.

الفرع الثانى : تمييز التعديل عن التجديد من جهة الآثار.

---

(١) وفى ذلك تقول محكمة النقض أن «مفاد نصوص المواد ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤ من القانون المدنى أن التجديد يستلزم وجود التزام سابق يقوم عليه التجديد فيقضيه وقيام التزام جديد هو الذى يقع عليه التجديد فينشئه، التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف، فتحرير سند بثمن البيع لايعتبر تجديدا للدين ينقضى به ويحل محله دين جديد»، نقض مدنى بجلسة ١٩٨٩/١/٢٩ فى الطعن رقم ١٩٢٢ لسنة ٥٦ ق - مجلة القضاة - س ٢٥ - ع ١ - ص ٢٩١.

(٢) على الرغم من أن أصحاب هذه التعاريف السابقة لم يغفلوا عنصر النية هذا. فهم، وان لم يذكروه فى التعريف إلا أنهم تناولوه عند تفصيلهم لشروط التجديد.

الفرع الأول

تمييز التعديل عن التجديد من ناحية الشروط

٨١ - أ - يتطلب التجديد، مثله فى ذلك مثل التعديل، وجود التزام قائم وقت الإتفاق. فإن كان هذا الإلتزام وهميا أو باطلا بطلانا مطلقا، أو كان قد انقضى بسبب من أسباب انقضاء الإلتزامات، لحق الإتفاق الجديد، سواء كان تجديدا أم تعديلا، بمعدوم، وكان معدوما مثله(١).

وشرط الإلتزام السابق القائم لايصلح، على هذا النحو مميزا بين التجديد والتعديل، لأنه مطلوب فى العمليتين، وعلى نفس النحو.

ب - لكن التجديد يقتضى، بعد ذلك، أن يحل التزام جديد محل التزام قديم، شريطة أن يكون الإلتزام الجديد مختلفا إختلافا جوهريا عن الإلتزام القديم(٢). أما إذا كان الإلتزام الجديد لايغاير الإلتزام القديم مغايرة جوهرية، فإننا لانكون بصدد تجديد، وإنما نكون بصدد عملية قانونية أخرى، قد تكون تعديلا، وقد تكون عملية قانونية غير التجديد والتعديل(٣).

وهنا يكمن أحد الفروق الجوهرية بين التعديل والتجديد. فبينما يتطلب التجديد أن يكون التغيير جوهريا لايتطلب التعديل أن يكون الإتفاق منصبا على تغيير جوهرى على المعنى المتطلب للتجديد، بل يستوى أن يكون الإتفاق منصبا على تغيير جوهرى أو على تغيير غير جوهرى.

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ٢ - المرجع السابق - ص ٩٥٨ - بند ٤٨٧.
الدكتور جمال محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ٩٧٤ - بند ٨٥٣.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit. No. 135. P. 538.

(٢) السنهورى - الوسيط - جـ ٢ - المرجع السابق - ص ٩٦١ - بند ٤٨٨.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No. 135. P. 538.

(٣) قد يكون مجرد إقرار بالتزام حتى يسرى فى حق المقر، وقد يكون إجازة حتى يزول سبب القابلية للإبطال، وقد يكون اعترافا بالتزام قديم. بل قد يكون مجرد تحرير سند بالإلتزام. (نقض مدنى بجلسة ١٩٨٩/١/٢٩ فى الطعن رقم ٥٦/١٩٣٢ ق - سالف الذكر).

ولاشك أن التغيير فى شخص المدين فى الإلتزام يعتبر تغييرا جوهريا للإلتزام، يختلف، بمقتضاه، الإلتزام الجديد عن الإلتزام القديم. فنكون، والحال كذلك، أمام حالة من حالات التجديد، وهو ماتبنته المادة ٢/٣٥٢ من القانون المدنى المصرى. ولا يختلط الأمر فى هذه الحالة بين التعديل والتجديد. فكل تغيير للمدين فى الرابطة العقدية يعتبر - مع توافر الشروط الأخرى - تجديدا، ولا يمكن أن يكون تعديلا.

كذلك الحال فى التغيير المنصب على الدائن فى الرابطة العقدية. فهو يعد تغييرا جوهريا يترتب عليه اختلاف الإلتزام الجديد عن الإلتزام القديم، إختلافا يجعلنا فى مواجهة حالة أخرى من حالات التجديد، كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٢ من القانون المدنى المصرى. وهى حالة لايختلط فيها التجديد بالتعديل بأى وجه من الوجوه. فكل تغيير للدائن فى الرابطة العقدية يعتبر - على فرض توافر الشروط الأخرى - تجديدا، ولا يمكن أن يكون تعديلا.

أما إذا انصب التغيير على الدين المتولد عن الرابطة العقدية، فإن هذا التغيير قد يتعلق بمحل الدين، وقد يتعلق بمصدر الدين. فإن تعلق التغيير بمصدر الدين، كما لو اتفق المؤجر والمستأجر على بقاء الأجرة فى ذمة الأخير على سبيل القرض(١)، عد الأمر تجديدا لا تعديلا، لأن تغيير سبب الإلتزام يعد تغييرا جوهريا مطلوبا للتجديد وغير مطلوب للتعديل(٢). وإن تعلق التغيير بمحل الدين، كما لو اتفق المستورد مع المورد على أن يستبدلا

---

(1) MAZEAUD, Lecons de droit civil, obligations, Op. Cit., P. 1201, No. 1222.
ALAIN GHOZI, la modification de l`obligation par la volonte des parties, Op. Cit.,
P. 7, No. 20.
POIR STARCK, Droit Civil, obligation, Libraires Technique 1972, P. 74, No. 2365.
الدكتور جمال زكى - المرجع السابق - ص ٩٧٦ - بند ٥٨٥.

(٢) السنهورى - الوسيط - الجزء الثالث - المرجع السابق - بند ٤٩١ - ص ٩٦٨.
الدكتور جمال زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ٩٧٦ - بند ٥٨٥.

بالمادة الخام، التى يلتزم المورد بتقديمها لمصنع المستورد، مادة خام أخرى، كأن يستبدلا القطن بالكتان، مثلا. وكذا لو كان محل الإلتزام بضاعة واتفق المتعاقدان على أن تكون نقودا، أو العكس. وفى حالة تغيير محل الدين تظهر صعوبة التمييز بين التجديد والتعديل إستنادا إلى جوهرية أو عدم جوهرية التغيير. حقا يتطلب التجديد أن يكون التغيير جوهريا، ومن ثم لانكون بصدد تجديد فى حالة التغير غير الجوهرى. لكن التغير الجوهرى كما قد يكون فى التعديل قد يكون فى التجديد. وهنا يعجز معيار الجوهرية عن إقامة التمييز بين التجديد والتعديل، الأمر الذى يستوجب منا البحث عن معيار التمييز بينهما، فى حالة التغيير الجوهرى فى محل الإلتزام، فى الشرط الثالث من الشروط المطلوبة لأى من عمليتى التعديل أو التجديد، أى فى شرط النية.

جـ - يعتبر التجديد عقدا يستلزم - بالإضافة إلى الشروط الأخرى - اتجاه نية طرفيه إلى إنهاء الإلتزام القديم وإنشاء التزام جديد يحل محله. أى أنه يستلزم نية التجديد. وعليه تعتبر نية التجديد هى المميز لعملية التجديد عن عملية التعديل فى حالة التغيير الجوهرى.

هذا ولما كانت النية أمرا داخليا يصعب الوصول إليه، فقد وضعت المادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى مرشدين إثنين للتجديد. أولهما الإتفاق الصريح على التجديد. وثانيهما دلالة الظروف، بوضوح، على وجوده(١).

وقد تولى الفقه هذين المناطين بالبيان عن طريق ضرب الأمثلة التى تفيد وجود نية التجديد، وضرب الأمثلة الأخرى التى لا تكفى فى ذاتها

---

(١) وفى ذلك تقول محكمة النقض أن تجديد الالتزام يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص من الظروف - نقض مدنى بجلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٢٦/٣٦٢ ق - م نقض م - س ١٣ - ص ٥٢٨، وإن كون التجديد لا يفترض طبقا لنص المادة ٣٥٤ من القانون المدنى لايقتضى أن ينص صراحة فى العقد على التجديد، بل إنه يقوم أيضا إذا كان يستخلص بوضوح من الظروف - نقض مدنى بجلسة ١٩٦٥/٥/١٢ فى الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٠ ق - م نقض م - س ١٦ - ٢ ٥٨٢.

للقول بوجودها. فطبقا لهذا الفقه لاتستفاد نية التجديد من كتابة سند بدين موجود من قبل(١)، ولا من تغير زمن الوفاء أو مكانه أو كيفيته(٢)، ولا مما يدخل على الإلتزام من تعديل لايتناول إلا التأمينات الضامنة له. أو يتناول فقط سعر الفائدة المقررة على عاتق المدين به زيادة أو نقصا(٣)، كما لاتستفاد من مجرد تغيير طرق سداد الإلتزام. فاستبدال عملة الوفاء بعملة أخرى(٤)، أو تعليق الإلتزام على أجل بعد أن كان منجزا، أو إلغاء أجل كان الإلتزام معلقا عليه، لايفيد أى منهما نية التجديد(٥).

وفى المقابل، قرر الفقهاء أن نية التجديد تستفاد من تعليق الإلتزام على شرط، أو إلغاء شرط كان الإلتزام معلقا عليه. فـ «بإضافة أو الغاء شرط، نحل التزاما جديدا محل القديم: أننا نجدد»(٦). وبعبارة أكثر تفصيلا أن «تعليق التزام منجز على شرط واقف أو فاسخ أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الإلتزام معلقا عليه فأصبح التزاما منجزا، فإن هذا يعد تعديلا جوهريا فى الإلتزام إلى حد أن يكون تجديدا له»(٧). كذلك يعتبر الفقه تغيير الإلتزام من التزام تخييرى إلى التزام بسيط، أو العكس تغييره من التزام بسيط

---

(1), (2) MAZEAUD, Lecons de droit civil, obligations, Op. Cit. P. 1202. No. 1224.

أيضا د. جمال زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات - المرجع السابق - ص ٩٧٧ - بند ٥٨٦.

وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٦/٣٠ فى الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - س ٢٨ - ص ١٥٤٢، وكذلك بجلسة ١٩٧٣/٤/١٠ فى الطعن رقم ٣٨/٧٩ ق - م نقض م - س ٢٤ - ص ٥٧٠.

(3) MAZEAUD, obligations, Op. Cit., P. 1202, No. 1224.

الدكتور جمال زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات - المرجع السابق - ص ٩٧٧ - بند ٥٨٦.

(٤) السنهورى - المرجع السابق - ص ٩٦٥ فى الهامش.

MAZEAUD, obligation, Op. Cit., P. 1202, No. 1225.

(5) MAZEAUD, obligations, Op. Cit., P. 1201, No. 1223.

(6) MAZEAUD, obligations. Op. Cit., No. 1223., P. 1202.

(٧) السنهورى - الوسيط - المرجع السابق - ص ٩٦٦ - بند ٤٩٠.

إلى التزام تخييرى. تغييرا جوهريا يحمل قرينة على نية التجديد(١)، الى غير ذلك من الأمثلة التى تفيد أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى التجديد.

خلاصة القول، أنه وإن كان التعديل يشترط، مثله فى ذلك مثل التجديد، أن يكون هناك التزام قائم وقت إجراء التغيير، إلا أنه يفترق عن التجديد فى أنه لا يتطلب، كما يتطلب التجديد، أن يحل التزام جديد محل التزام قديم، بل على العكس هو يتنافى واحلال التزام محل آخر، بل يكتفى بالنسبة للتعديل أن ينصب التغيير على عنصر غير جوهرى.

---

(١) السنهورى - الوسيط - الجزء الثالث - المجلد الثانى - الطبعة الثانية - ص ٩٦٩ - هامش ٢.

الفرع الثانى

التمييز بين التعديل والتجديد من جهة الآثار المترتبة على كل منهما

٨٢ - متى تمت عملية التجديد مستوفية لشروطها القانونية ترتب على قيامها اثران مسقطان وأثر منشىء، ومن ثلاثتهم يمكن تلمس الفرق بين التجديد والتعديل.

أ - فطبقا لنص المادة ١/٣٥٦ من القانون المدنى المصرى «يترتب على التجديد أن ينقضى الإلتزام الأصلى»(٢). فالتجديد يعتبر كالوفاء، فيزول الإلتزام الأصلى بمقوماته وتوابعه ودفوعه(٢). وهنا يختلف التجديد عن التعديل من حيث أن التعديل لايمكن أن يرتب زوال الإلتزام الأصلى كما هو الشأن فى التجديد، وإنما يرتب فقط مجرد تحوير فيه، تحوير يأخذ فى الإعتبار أثر تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها العقد من إختلال للعدالة التعاقدية التى ارتضاها الأطراف لحظة التعاقد، فيأتى التعديل بقصد إعادة هذه العدالة إلى ماكانت عليه.

ولتوضيح الفرق بين التجديد والتعديل من زاوية هذا الأثر الأول المسقط نسوق المثالين التاليين: المثل الأول يتعلق بمتعاقدين فى عقد قرض،

---

(١) وهو الحكم الذى يستخلص من نص المادة ١٢٧١ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص على أن التجديد يتم فى ثلاث حالات: الأولى: عندما يلتزم المدين قبل دائنه بإلتزام جديد يحل محل القديم الذى انقضى.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الثالث - المجلد الثانى - المرجع السابق - ٩٨٩ - بند ٥٠١.

اتفقا، فيما بعد، على إحلال عملة محل العملة المتفق على الوفاء بها فى لحظة إبرام العقد. فهنا لا يمكن أن يقال أن بالإتفاق اللاحق انقضى التزام المقترض برد القرض، وإنما اقصى مايمكن أن يقال هو أن التزام المقترض برد القرض قد أصابه التعديل نتيجة هذا الإتفاق اللاحق. وتكون العملية، والحال كذلك، تعديلا للإلتزام(١).

أما المثل الثانى فيخص دينا للمؤجر حل فى ذمة المستأجر واتفق الطرفان، بعد ذلك، على أن يترك المؤجر هذا الدين للمستأجر على سبيل القرض. وهنا يتضح لنا أن الإلتزام القديم (الأجرة) قد انقضى بالاتفاق اللاحق الذى أنشأ القرض بين المؤجر والمستأجر، الأمر الذى يجعل العملية تجديدا لاتعديلا.

ب - والأثر المسقط الثانى الذى يترتب على التجديد هو أن «ينقضى الإلتزام الأصلى بتوابعه(٢)». «فمقتضى التجديد انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالإلتزام القديم(٣)». لأنها من توابعه. والتابع خاضع، دائما، لحكم الأصلى، ينقضى بإنقضائه ويبقى ببقائه. وحيث أن الإلتزام الأصلى ينقضى بالتجديد ينقضى بالتبعية كل مايتبعه من تأمينات ودفوع(٤). فإذا كان الإلتزام الأصلى مضمونا برهن أو له امتياز انقضى هذا الإمتياز أو ذلك الرهن بإنقضاء

---

(1) Cass, Civ., 17 Dec. 1928, D.H. 1929.

(٢) المادة ١/٣٥٦ من القانون المدنى المصرى.

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ٩٧٨ - بند ٥٨٧.

(٤) وإن كانت المادة ٢/٣٥٦ من القانون المدنى المصرى والمواد ١٢٧٨ و ٢/١٢٧٩ و ١٢٨١ من القانون المدنى الفرنسى أجازت الإتفاق على نقل التأمينات التى تضمن الإلتزام القديم إلى الإلتزام الجديد. ومثل هذا الإتفاق فيه، كما يذهب الإستاذ الدكتور السنهورى بحق، خروج على القواعد العامة. السنهورى - الوسيط - الجزء الثالث - المجلد الثانى - المرجع السابق - ص ٩٩٤ - بند ٥٠٤.

الإلتزام الأصلى بالتجديد. وإذا كان الإلتزام الأصلى معرضا للدفع بالإبطال - لأنه نشأ قابلا له - سقط هذا الدفع بإنقضائه. فلا ينتقل إلى الإلتزام الجديد(١).

ومن هذه الزاوية يختلف التجديد عن التعديل، إذ أن الأخير لا تنقضى به التأمينات التى تضمن الوفاء بالإلتزام ولا تسقط به الدفوع التى يمكن أن توجه ضده، والسبب فى ذلك أن الإلتزام لاينقضى بالتعديل وإنما كل مايحدث فيه هو مجرد تحويرات تأخذ فى الإعتبار الآثار التى تترتب على تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، مع بقاء الإلتزام - فيما عدا ذلك - على حاله بتأميناته وتوابعه.

جـ - بالإضافة إلى الأثرين المسقطين السابقين الذين يترتبان على التجديد، فإنه يترتب عليه أثر ثالث آخر: أثر منشىء. فبالتجديد «ينشأ ..... التزام جديد»(٢) يحل محل الإلتزام القديم المنقضى. وهو ينشأ بنفس الطريقة المنشئة للإلتزامات التعاقدية، بعقود غير مرتبطة بأى عملية أخرى»(٣).

والإلتزام الجديد الذى أنشأه التجديد مستقل عن الإلتزام القديم المنقضى بالتجديد، فتكون له مقوماته وتأميناته ودفوعه الخاصة به(٤).

وهنا، أيضا، يختلف التعديل عن التجديد فى أن الأول لايترتب عليه نشوء التزام جديد، على خلاف الثانى. وكل مافى الأمر هو تحوير فى التزام

---

(1) MAZEAUD, LECONS De Droit civil, obligations, Op. Cit., No. 1228, P. 1203.
JEAN CARBONNIER, Droit Civil, 4, Les obligations, Op. Cit. No. 135, P. 542.

(٢) المادة ١/٢٥٦ من القانون المدنى المصرى.

(3) JEAN CARBONNIER, les obligations, Op. Cit., No. 135. P. 541.

(٤) الدكتور السنهورى - الوسيط - المرجع السابق - ص ٩٨٩ - بند ٥٠١.

قديم، بإضافة بند أو حذف آخر. وذلك قصد إعمال أثر تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، من إختلال فى العدالة التعاقدية. فيعيد المتعاقدان، عن طريق التعديل، هذه العدالة الى ماكانت عليه بالإضافة أو الحذف أو التحوير.

خلاصة القول، أن التعديل يختلف عن التجديد من زاوية الآثار المترتبة على كل منهما، كما يختلف عنه فى الشروط اللازمة لكل منهما. فبينما يقود التجديد إلى إنقضاء التزام، كان قائما وقت التحديد مع توابعه، ونشوء التزام آخر مستقل بمقوماته وخصائصه الذاتية، إلا أنه لايترتب على التعديل سوى تغيير فى الإلتزامات المتولدة عن الرابطة العقدية. أو فى أحد هذه الإلتزامات، بهدف إعمال أثر الظروف الإقتصادية المتغيرة.

المطلب الثانى

التعديل والصلح

٨٣ - تعرف المادة ٥٤٩ من القانون المدنى المصرى الصلح بأنه «عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما، على وجه التقابل، عن جزء من إدعائه»· وهو نفس التعريف الذى أورده المشرع الفرنسى فى المادة ١/٢٠٤٤ من القانون المدنى الفرنسى(١). فالصلح طبقا لهذا التعريف هو عمل قانونى يعدل، بمقتضاه، الطرفان بعض عناصر الرابطة القانونية التى تربطهما، وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من إدعاءاته فى مقابل أن يتنازل الطرف الآخر، بدوره، عن جزء من إدعاءاته(٢).

ومن هنا يتشابه الصلح مع التعديل. فالصلح يهدف إلى توقى نزاع محتمل، إن لم يكن بهدف حسم نزاع قائم. والتعديل قد يكون لذات الهدف(٣)، مما يجعل، التشابه ممكنا بينهما(٤).

---

(١) حينما نص على أن:

(La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation nee, ou previennent une contestation a naitre).

وقد ورد نفس التعريف فى الفصل ١٠٩٨ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى، وفى المادة ١٠٣٠ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى·

(٢) الدكتور يس محمد يحيى - عقد الصلح بين الشريعة والقانون المدنى - دار الفكر العربى - طبعة ١٩٧٨ ص ٥٠ ومابعدها - بند ٢٨ ومابعده·

(٣) قد يكون التعديل بهدف تمكين المدين من الإستمرار فى تنفيذ التزامه· وقد يكون بهدف الإبقاء على روابط المودة بين الطرفين·

(4) ALAIN GHOIZA, la modification de l`obligation par la volonte des parties, these, Op. Cit., P. 55, No. 115.
JACQUES PELLERIEN, Les clauses relatives a la repartation des risquer Financier entre cocontractants, these, Op. Cit. P. 448, No. 222.

لكن ذلك لا يجعل الحدود مختلطة بين العمليتين. بل إننا نستطيع أن نوجد بينهما الحدود الفاصلة، سواء أكانت من ناحية أركان كل من العمليتين أم كانت من ناحية الآثار القانونية التى تترتب على قيام كل منهما مستوفية لشروطها، وهو ما سنوضحه من خلال تقسيمنا لهذا المطلب إلى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول: التمييز بين التعديل والصلح من زاوية الأركان المتطلبة لكل منهما.

الفرع الثانى: التمييز بين التعديل والصلح من زاوية الآثار المترتبة على كل منهما.

الفرع الأول

التمييز بين التعديل والصلح
من زاوية الأركان المتطلبة لكل منهما

٨٤ - من أولى المقومات التى يقوم عليها الصلح وجود نزاع قائم، أو على الأقل، محتمل القيام بين المتصالحين. فإن تخلف هذا المقتضى لاتعتبر العملية صلحا. أما التعديل فلا يقوم، بالضرورة، بقصد مواجهة نزاع قائم أو محتمل، بل إنه قد يقوم دون أن يكون هناك أى نزاع بين الطرفين(١).

لكن التعديل إذا كان فى الأصل لايواجه نزاعا إلا أنه قد يتم بقصد توقى نزاع قائم أو محتمل بين الطرفين. وهنا يتشابه مع الصلح، ولايكفى الإستناد إلى فكرة «النزاع» للتمييز بين العمليتين. أى أن فكرة «وجود نزاع» وإن كانت تصلح للتمييز بين الصلح والتعديل فى الحالة التى يكون التعديل قد تم فيها دون أن يكون مقصودا به مواجهة نزاع قائم أو محتمل، إلا أن هذه الفكرة لاتصلح عندما يتم التعديل بين الطرفين بقصد مواجهة نزاع قائم أو توقى نزاع محتمل. إذ أن التعديل فى هذه الحالة لايختلف عن الصلح من هذه الزاوية، الأمر الذى يوجب الإستناد إلى مقتضى آخر من مقتضيات الصلح لتميزه عن التعديل.

ب - فى الصلح يتنازل كل من المتصالحين عن حزء من إدعائه، على سبيل التقابل، وإلا لايعد الإتفاق صلحا. فإذا اتفق الطرفان على رسم الحدود الفاصلة بين عقارين متجاورين لهما، دون أن يحسما النزاع القائم بينهما فى خصوص المساحة المملوكة لكل منهما، بل تركا أمر هذا النزاع للقضاء، لايعد اتفاقهما هذا صلحا، لتخلف ركن مهم من أركان الصلح، هو «التنازل المتبادل» للمتصالحين، كل عن جزء من إدعائه. كذلك الأمر، لو كان التنازل من قبل

---

(١) وهنا يكفينا الإستناد إلى فكرة «النزاع» لتمييز التعديل عن الصلح.

أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر، إذ سنكون فى هذا الفرض فى مواجهة تنازل عن الإدعاء أو تسليم بإدعاء الطرف الآخر، بحسب الأحوال(١).

أما فى التعديل، فلا يكون هناك تنازل متبادل للطرفين، بل أنه يكون بهدف إعادة التوازن الإقتصادى للعقد الذى إختل توازنه نتيجة للتغير الذى طرأ على الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. وهذا الإختلال الناتج عن تغير الظروف الإقتصادية هو بالضرورة لمصلحة أحد الطرفين، مما يوجب، عدالة، أن يعاد الحال إلى ماكان عليه. والنتيجة المنطقية لذلك أن يكون التنازل فى التعديل من جانب واحد فقط، هو جانب المتعاقد الذى أدت الظروف الإقتصادية به إلى أن يستفيد من العقد إفادة أكثر من تلك التى اتجهت إليها نية الطرفين المتعاقدين لحظة ابرامه. وهى استفادة تقابلها خسارة فى جانب المتعاقد الآخر. وعليه، فالتعديل يقوم على التنازل الفردى للإدعاءات أو لجزء منها، أو على تنظيم كيفية تنفيذ هذه الإدعاءات دون أية تنازلات، فى حين أن الصلح لا يقوم إلا إذا كانت هناك تنازلات متقابلة من كل من الطرفين المتعاقدين(٢).

جـ - يقتضى الاتفاق المعتبر صلحا، أخيرا، أن تتوافر لدى الطرفين نية حسم النزاع بينهما، وذلك بإنهائه، إن كان قائما، أو توقيه، إن كان محتمل الحدوث. وإذا تخلفت نية حسم النزاع لدى الطرفين(٣)خرجنا من مجال الصلح ودخلنا فى مجال التعديل الإتفاقى لأحكام الرابطة العقدية(٤). فإذا اتفق

---

(١) ولكن «ليس من الضرورى أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة. فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من إدعائه ولاينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير» دون أن يتغير التكييف القانونى لهذا العقد بإعتباره صلحا. السنهورى - الوسيط - الجزء الخامس - ط ٢ - بمند ٣٤١ و ٣٤٧ - ص ٦٢٥ ومابعدها.

(٢) الدكتور ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الثانى - منشأة المعارف بالإسكندرية - بند ٣٥٢ - ص ١٤٣.

(٣) دكتور يسى محمد يحيى - حيث يرى أنه لا ضرورة إلى اشتراط مثل هذا الشرط، بل يكفى، عنده، وجود التراضى على العقد. عقد الصلح - رسالته سالفة الذكر - بند ٥٣ - ص ٨١.

(٤) السنهورى - الوسيط - الجزء الخامس - المرجع السابق - ص ٦٢٤ - بند ٣٤٥.

المتنازعان على إحالة النزاع الناشىء بينهما إلى محكم ليفصل فيه لا يعد هذا الإتفاق صلحا، وإنما مجرد تعديل للرابطة العقدية.

حقيقة أن النية أمر خفى داخل نفس كل من المتعاقدين، إلا أن ذلك لايمنع من الإسترشاد بالتنازلات المتبادلة، عن هذه النية. فالنزول المتبادل لكل من الطرفين عن جزء من إدعائه يكشف عن وجود نية الصلح لديهما.

خلاصة القول، أنه وإن كان ركن «وجود نزاع قائم أو نزاع محتمل بين المتعاقدين» لايصلح لتمييز التعديل عن الصلح، على أساس أن الإتفاق المعتبر تعديلا قد يكون بهدف مواجهة نزاع قائم أو نزاع محتمل بين الطرفين، فيختلط، عندئذ، بالصلح، فإن كلا من الركنين الثانى والثالث يصلح، بذاته، للتمييز بين العمليتين. ولكن مع ملاحظة أن الإستناد إلى ركن «نية حسم النزاع بين الطرفين» يعود بنا إلى الركن الأول الخاص بـ «التنازل المتبادل» لكل من الطرفين عن بعض إدعائه. ولكن لا يكون ذلك بقصد سد ثغرة فى الركن الأول وإنما بقصد الوصول إلى هذه النية.

الفرع الثانى

التمييز بين التعديل والصلح
من زاوية الآثار المترتبة على كل منهما

٨٥ - تنص المادة ٥٥٣ من القانون المدنى على أن «١- تنحسم بالصلح المنازعات التى تناولها. ٢- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والإدعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا»(١)، ومن هذا النص، يستخلص أن للصلح أثرين: الأول، أثر إنقضاء، والثانى أثر تثبيت. ومن خلال هذين الأثرين يمكننا أن نتلمس إختلاف التعديل عن الصلح.

أولا : أثر الانقضاء :

متى ابرم عقد الصلح بين الطرفين ترتب على ذلك التزام كل منهما بتنفيذ تنازله السابق عن بعض حقوقه. وبهذا التنازل تنقضى الحقوق المتنازل عنها، تبادليا، انقضاء نهائيا.

وهذا الإنقضاء لا يثور فى التعديل. لأن التعديل هو مجرد تنظيم للرابطة العقدية. تنظيم يواجه تغير الظروف الإقتصادية. ومن ثم، فهو لا يقتضى تنازلا متبادلا عن حقوق أو إدعاءات، فالتنازل يكون من قبل أحد طرفى الرابطة العقدية، إن كان هناك تنازل.

---

(١) والحكم الوارد بنص هذه المادة يستفاد، إشارة، من نص المادة ٢٠٤٨ من القانون المدنى الفرنسى التى تنص على أن الصلح نسبى من حيث الموضوع: فالتنازل الناتج عنه لا يمتد، بالنسبة للحقوق والدعاوى والمطالبات، إلا إلى ماهو متصل بالخلاف الذى نشب.

(les transactions se renfermet dans leur objet:
La renonciation qui y est faite a tous droits,
actions et pretentios, ne s`ented que de ce Qui est
relatif au diffierend qui y a donne lieu).

وينص الفصل ١١٠٥ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى على أن «يترتب على الصلح أن تنقضى نهائيا الحقوق والإدعاءات التى كانت له محلا، وأن يتأكد لكل من طرفيه ملكية الأشياء التى سلمت له والحقوق التى اعترف له بها من الطرف الآخر، والصلح على الدين فى مقابل جزء من المبلغ المستحق يقع بمثابة الإبراء لما بقى منه، ويترتب عليه تحلل المدين منه». وقد انتقل هذا النص إلى المادة ١٠٢٧ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

فلو تنازع شخصان على ملكية دار وأرض، وتعاقدا على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر، ترتب على هذا العقد إنقضاء ملكية الأول للأرض وانقضاء ملكية الثانى للدار إنقضاء نهائيا(١). وهو، كما هو واضح، إنقضاء متبادل بين الطرفين، الأمر الذى يقود إلى تكييف العقد بأنه عقد صلح، ولايجوز لأى من طرفيه أن يعود إلى منازعة الطرف الآخر فى ملكية ماثبته له عقد الصلح. أما لو كان أحد طرفى المثال المشار إليه قد باع قطعة الأرض والدار المشار إليها إلى الطرف الآخر بثمن مقسط، وأثناء دفع الأقساط انخفضت القوة الشرائية للنقود إنخفاضا ذريعا يؤدى إلى إصابة البائع بخسارة فادحة يقابلها إثراء فادح للمشترى ونتيجة لذلك أبرم الطرفان عقدا اتفقا، بمقتضاه، على أن يؤجل دفع الأقساط المستحقة إلى أن تعود الظروف الإقتصادية إلى حالتها الأولى، أو على أن يؤخذ بعملة أخرى كوسيلة حساب، على أن يتم الدفع بالعملة الوطنية فيترتب على هذا الإتفاق الأخير، فى الحالة الأولى، إنقضاء حق البائع فى الدفع الفورى للأقساط والزامه بالأجل المتفق عليه، دون أن يقابل هذا الإنقضاء أى انقضاء بالنسبة لحقوق الطرف الآخر، ويتخلف بالنسبة له، فى الحالة الثانية، أثر الإنقضاء لعدم وجود أية تنازلات من أى من طرفيه. ويكيف العمل، فى كلتى الحالتين، على أنه تعديل وليس صلحا.

خلاصة القول، أن للصلح أثر إنقضاء متبادل لبعض حقوق طرفيه، فى حين أن فى التعديل، إما أنه لايوجد مثل هذا الأثر لعدم تنازل الطرفين أو أحدهما عن أى حقوق، وإما أنه يوجد ولكنه يكون من طرف واحد.

ثانيا : أثر التثبيت :

إذا كان الأثر الأول للتنازل المتبادل عن بعض الحقوق والإدعاءات فى الصلح هو إنقضاء هذه الإدعاءات وتلك الحقوق بالنسبة لكل متنازل، إلا أنه يترتب على هذا العقد، وكنتيجة منطقية، أثر آخر وهو أن تثبت كل من الحقوق المتنازل عنها للطرف الآخر فى الصلح. وحيث أن التنازل، كما أشرنا،

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ٥ - المرجع السابق - ص ٧٠٢ - بند ٢٧٨.

متبادل بين كل من الطرفين، فإن أثر التثبيت يكون أيضا، فى جانب كل من الطرفين، بمعنى أن كل طرف تثبت له الحقوق التى تنازل عنها الطرف الآخر، وهو التنازل الذى يتصف بأنه متبادل، فيكون الثبوت، كذلك متبادلا. ففى المثل الذى ذكرناه آنفا تنازل المتعاقد الأول عن ملكية قطعة الأرض، فى حين تنازل المتعاقد الثانى عن ملكية الدار، لتثبت قطعة الأرض للثانى وتثبت الدار للأول، ويكون لعقد الصلح أثر تثبيت متبادل.

أما الإتفاق المعتبر تعديلا فهو، كما رأينا، إما أنه لايؤدى إلى أى تنازلات، وإما أنه يؤدى إلى تنازلات من طرف واحد. أى أن هذا الإتفاق لايعرف، فى أى الأحوال، فكرة التنازل المتبادل، وبالتالى، لايعرف الإنقضاء المتبادل. حقا، قد يترتب عليه أثر إنقضاء، ولكنه، إن وجد، لايكون إلا من طرف واحد. وإذا كان أثر التثبيت يترتب على أثر الإنقضاء فإن الإتفاق المعتبر تعديلا لايرتب أثر التثبيت عندما لايؤدى إلى تنازلات، ويرتب أثر تثبيت غير متبادل فى حالة ما إذا أدى إلى تنازل أحد الطرفين عن بعض حقوقه قبل الطرف الآخر. ففى المثال الذى أشرنا إليه سابقا، فى خصوص عقد بيع منزل وقطعة أرض بثمن مقسط وتغيرت الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها بسبب حرب أو إنخفاض فى قيمة النقود أو لأى سبب آخر، مما حدا بالطرفين، إلى إبرام اتفاق، اتفقا، بمقتضاه، على تأجيل المطالبة بالأقساط المستحقة حتى تنتهى الظروف الجديدة، وتعود الأمور إلى ماكانت عليه عند التعاقد، أو أنهما اتفقا على أن يكون حساب الأقساط المستحقة على أساس عملة أجنبية، على أن يكون الدفع بالعملة الوطنية، مما ترتب عليه، فى الحالة الأولى، تنازل من قبل البائع عن حق الدفع الفورى، وهو تنازل من طرف واحد، ولم يترتب عليه، فى الحالة الثانية، أى تنازل، ويكون له، بالتالى، أثر تثبيت فى الحالة الأولى ويختفى هذا الأثر فى الحالة الثانية. ولكن أثر التثبيت المقرر له فى الحالة الأولى من جانب واحد.

مجمل القول أن الصلح له أثر تثبيت متبادل، وبذلك فهو يختلف عن التعديل الذى لايكون له مثل ذلك الأثر. وبذلك يتميز التعديل عن الصلح من حيث أركانه ومن حيث آثاره. فمن حيث الأركان لابد من نية حسم النزاع فى الصلح، ولابد، من حيث الآثار، أن يكون للصلح أثر تثبيت وأثر إنقضاء، وهو مالايتوافر فى التعديل.

المبحث الثانى

أحكام التعديل الاتفاقى

٨٦ - أن الإتفاق المعدل للإلتزام يجب - باعتباره عقدا - أن يكون مستوفيا للشروط والأحكام الخاصة بأركان العقد، والواردة فى المواد من ٨٩ إلى ١٢٧ من القانون المدنى المصرى، والتى تقابل المواد من ١١٠١ إلى ١١٣٣ من القانون المدنى الفرنسى. ولذلك يجب أن يكون المتفقان كاملى الأهلية(١) وأن يعبرا عن ارادتهما، بصورة تعبر عن حقيقتهما بحيث تكون خالية من كل عيوب الرضا، كالغلط والتدليس والإكراه والإستغلال(٢). وكذلك، يجب أن يكون موضوع اتفاقهما - وهو التعديل - مستوفيا لشروطه(٣)، وعلى الخصوص يجب ألا يكون تنفيذه مستحيلا. وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون سبب الإتفاق مستوفيا لشروطه، وعلى الخصوص ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب(٤)، وإلا عد الاتفاق باطلا، أو قابلا للإبطال، بحسب الأحوال.

---

(1) JEAN CARBONNIER, Dorit civil, 4, Les obligations, Op. Cit. No. 23, P. 99.
J. GHESTIEN, Le contrat, Op,. Cit., P. 15, No 194.

(٢) السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٦٩ ومابعده - ص ٢١١ ومابعدها.
GERARD FARJAT, Theoire des obligations, Op. Cit., P. 105 et suiv.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., P. 59, No. 12 et suiv.
P. 153, No. Op. Cit.,
J. GHIESTIEN, Les contrat, Op. Cit., P. 153, No. 196 et suiv.

(٣) السنهورى - الوسيط - المرجع السابق - ص ٥٠٢ ومابعدها - بند ٢١٤ ومابعده.
GERARD FARJAT, Theorie des obligations, Op. Cit., P. 192 et suiv.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., P. 100, No 24 et suiv.
J. GHESTIEN, Le contrat, Op. Cit. P. 417, No. 515 et suiv.

(٤) السنهورى - الوسيط - المرجع السابق - ص ٤٥٤ ومابعدها - بند ٢٤٢ ومابعده.

هذا، ولا تحتاج الشروط والمتطلبات الشكلية للإتفاق المعدل إلى أى تفصيل. لكن الإتفاق المتولد عن المفاوضات الخاصة بكيفية مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة يجب، إضافة إلى الشروط والمقتضيات سالفة الذكر، أن يكون له موضوع. هذا، الموضوع هو التطويع أو ملاءمة العقد الأصلى مع الظروف الإقتصادية الجديدة. الأمر الذى يقتضينا أن نفرد مطلبا من هذا المبحث للكلام عن موضوع التعديل الإتفاقى.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن النظام القانونى للتعديل الإتفاقى، رغم ماقدم فيه من أبحاث، مازال الغموض يكتنفه، الأمر الذى يوجب علينا أن نجعل المطلب الثانى من هذا المبحث لتحليل النظام القانونى للتعديل الإتفاقى.

وعلى هذا الأساس، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول : موضوع التعديل الإتفاقى.

المطلب الثانى : النظام القانونى للتعديل الإتفاقى.

المطلب الأول

موضوع التعديل الإتفاقى

٨٧ - أشرنا، سابقا، إلى أن سبب الرابطة العقدية لايمكن أن يكون محلا أو موضوعا للتعديل الإتفاقى، لأن تغيره يقود إلى هدم الرابطة الإلزامية من أساسها(١). ولذلك، فإن الكلام عن موضوع التعديل لا يثير، مطلقا، فكرة السبب.

أما فيما يتعلق بطرفى الرابطة الإلزامية فإن التعديل ممكن بتغيير أى من الطرفين: الدائن فى حوالة الحق، والمدين فى حوالة الدين. وعليه، يمكن أن يكون «الطرف» فى الرابطة الإلزامية موضوعا للتعديل الإتفاقى. لكن «لما كان الشخص لايمثل إلا طرف الرابطة القانوينة فإن تغييره لايؤثر فى مضمون الإلتزام. بمعنى آخر ..... كل شخص يدخل حديثا فى الرابطة الإلزامية سيكون دوره دائما تنفيذ الإلتزام ..... ويكون، إذا، الإتفاق المعدل للشخص لا يضيف أى عنصر مميز»(٢)، وهو مايجعلنا نحجم عن افراد دراسة خاصة للشخص كموضوع للتعديل الإتفاقى.

وأخيرا، قد يكون موضوع التعديل الإتفاقى تغيرا فى مضمون الرابطة الإلزامية، عن طريق التنزيل أو الإضافة أو الإحلال لعنصر أو أكثر من عناصر هذه الرابطة(٣). هذا التغير المنصب على مضمون الرابطة الإلزامية المتولدة عن العقد هو الذى سنعرض له بالتفصيل هنا.

---

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par la volonte des parties, these, precite, P. 6. No. 17.

(2) Jecque PELLERIEN, Les clauses relatives a la repartation des risques financies entre cocontractants. These, Op. Cit. No., 224, P. 541.

(3) ALAIN GHOZI, these, precite, P. 77., P. 164.

فإذا كان مضمون الرابطة الإلزامية المتولدة عن العقد، وعلى التحديد، الإلتزامات المتولدة عن هذه الرابطة، ليست من طبيعة واحدة، بل إنها جد مختلفة فى طبيعتها. فإنه يمكن، من هذه الزاوية، إجراء تقسيمات متعددة لها، الأمر الذى يؤدى إلى التساؤل عن أى من هذه التقسيمات يمكن أن تترتب عليه نتائج عملية، ويكون، بالتالى، موضوع إهتمامنا هنا.

بداية نشير إلى أن هناك تقسيما تقليديا لمضمون الإلتزام، وصل إلى القوانين المعاصرة(١) من القانون الرومانى، وهو التقسيم الذى يذهب إلى أن مضمون الإلتزام إما أن يكون عملا، أو إمتناعا عن عمل، أو إعطاء، أى نقل حق عينى(٢). ولايمكن أن نجعل هذا التقسيم موضوع إهتمامنا ونستند إليه فى تفصيل دراسة «موضوع التعديل الإتفاقى» لأنه تقسيم لايرتب أية نتائج عملية تهمنا هنا. فمحل الإلتزام دائما فى الصور الثلاث هو عمل معين، وذلك حتى فى صورة الإلتزام بإعطاء، سواء كان هذا العمل إيجابيا أم كان سلبيا(٣).

وهناك فى الفقه(٤) تقسيم آخر للإلتزامات، هو تقسيمها إلى إلتزامات متعلقة بالذمة المالية، كإلتزام العامل بالإستمرار فى العمل، والتزام المورد بالإستمرار فى توريد الأشياء محل العقد، وإلى التزامات لا تتصل بالذمة

---

(١) المواد من ٢٠٤ حتى ٢١٢ من القانون المدنى المصرى والمواد ١١٠١ حتى ١١٢٦ من القانون المدنى الفرنسى.

(٢) السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٥٠٢ - بند ٢١٣.

(٣) الدكتور جمال زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ١٦٩ - بند ٩٧.

ALAIN GHOZI. La modification de l`obligation par la volonte des parties, these, Op. Cit., P. 78, No. 166.

GERARD FARGAT, Theorie des obligations, Op. Cit. P. 31.

JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., P. 26, No. 4.

(٤) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى دراسة القانون - الطبعة الرابعة - ص ٤٦٧ - بند ٢٤٩.

JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., P. 26, No. 4.

GERARD FARJAT, Theorie der obligations, Op. Cit., P. 38.

المالية، كالحق على الإسم والحقوق المتعلقة بحماية الحريات ... الخ. وهذا التقسيم كسابقه، ليست له أى أهمية فى خصوص موضوعنا، وذلك لأن القسم الثانى من هذه الإلتزامات لا يمكن أن يكون محلا لأى اتفاقات، وبالتالى، لاتثور بصدده مشكلة التعديلات الخاصة بمواجهة آثار الظروف الإقتصادية المتغيرة، ويقتصر الأمر - بالنسبة لنا - على الشق الأول من هذا التقسيم، مما يفقد التقسيم أهميته بالنسبة لبحثنا هذا.

وبالإضافة إلى تقسيم مضمون الرابطة الإلتزامية - بحسب الزاوية التى ننظر منها إليها - إلى التزام بعمل والتزام بإمتناع، من ناحية، وإلى التزام يتعلق بالذمة المالية وآخر خارج عن الذمة المالية، من ناحية أخرى، هناك تقسيم ثالث لها حيث تنقسم إلى إلتزامات بأعيان والتزامات بمبالغ من النقود(١). وهذا التقسيم الأخير تظهر أهميته فى أن الإلتزام بمبلغ من النقود يكون خاضعا للنظام العام النقدى فى البلد، وعلى الخصوص خاضعا لفكرة السعر القانونى أو السعر الإلزامى للعملة، وهو ما لا يكون بصدد الإلتزام بالأعيان. لكن هذه النتيجة العملية للتمييز بين الإلتزام بالأعيان والإلتزام بالنقود لاتمثل أهمية كبرى بالنسبة لموضوعنا هنا، إذ يستوى، بصدد الإتفاق المعدل، أن يكون موضوع التعديل مبلغا من النقود أو أن يكون توريد سلع أو خدمات أو مواد أولية معينة. ولذلك فإننا نستبعد هذا التقسيم أيضا من الاستناد إليه بصدد تفصيل «موضوع التعديل الإتفاقى».

ويوجد، تقسيم رابع للإلتزامات هو تقسيمها إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة(٢)، فيكون المدين متخلفا عن التنفيذ بمجرد عدم

---

(1) GERARD FARJAT, Theorie des obligations, Op. Cit., P. 40.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No. 4, P. 27.

(٢) السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ٨٩٢ - بند ٤٢٨.
الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ١٧٠ ومابعدها - بند ١٩٨.
GERARD FARJAT, Theorie der obligations, Op. Cit., P. 33.

تحقق النتيجة فى الحالة الثانية، كما فى إلتزام الناقل بنقل المسافر سليما معافى، من مكان القيام إلى مكان الوصول، ولايكون متخلفا عن التنفيذ فى الحالة الأولى ولو لم تتحقق النتيجة مادام قد بذل العناية المطلوبة. وهذه هى الأهمية العملية الوحيدة لهذا التقسيم. ولذا لن تكون له أهمية فى خصوص موضوع بحثنا هذا، الأمر الذى يجعلنا نحجم عن أن نتولاه بالتفصيل.

بعد كل هذه التقسيمات يبقى تقسيم أخير لمضمون الإتفاق محل التعديل، هذا التقسيم هو الذى يميز بين الموضوع المتولد عن الرابطة العقدية، وبين وسائله أو مساعداته. أى أنه يقوم على تقسيم مضمون الإلتزام إلى موضوع وملحقات لهذا الموضوع. ولهذا التقسيم أهمية بالنسبة لموضوع بحثنا.

ولذا فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الأول منهما لدراسة موضوع التعديل الإتفاقى فى حالة ما إذا انصب التعديل على موضوع الإلتزام بمعنى الكلمة، والثانى لدراسة موضوع التعديل الإتفاقى فى حالة ما إذا انصب التعديل على وسائل هذا الموضوع، وملحقاته، وذلك فى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول : تعديل الموضوع بمعنى الكلمة.

الفرع الثانى : تعديل الملحقات.

الفرع الأول

تعديل الموضوع بمعنى الكلمة

٨٨ - يملك طرفا الرابطة العقدية الحرية الكاملة فى أن يجريا من التعديلات مايشاءان على مضمون هذه الرابطة، باتفاق جديد(١)، شريطة أن يتقيدا، فى ذلك، بقواعد النظام العام والآداب الحميدة(٢)، وهو القيد العام لكل العقود والإتفاقات. وبناء عليه، يستطيع المتعاقدان، على سبيل المثال، أن يعدلا فى ثمن ما اتفق فى العقد الأصلى على توريده، أو يعدلا فى كم أو نوعية ما اتفق على توريده، أو يعدلا المدة المحددة، منذ البداية، للعقد، أو يعدلا أى عنصر آخر من عناصر المضمون المحدد للعقد الأصلى(٣).

وتأخذ هذه التعديلات، التى يجريها المتعاقدان على الموضوع، صورا متعددة، أهمها التغيير، الوفاء بمقابل، والتنازل الجزئى المتبادل.

٨٩ - أولا : التغيير :

قد يجد الدائن أن الموضوع الذى سيسلمه له المدين لا يشبع حاجته التى دفعت به إلى إبرام العقد، لتخلف صفة من الصفات التى يعول عليها فيه، أو لوجود عيب أو نقيصة تؤثر فى صلاحيته على إشباع حاجياته. فينبه المدين إلى ضرورة تغيير هذا الموضوع، فإذا وافق المدين على طلب الدائن كنا أمام حالة تغيير لموضوع الإلتزام، وهو ما يعد أحد تطبيقات التعديل الإتفاقى للإلتزام(٤). ففى عقد توريد المواد الخام لأحد المصانع، مثلا، ومتى وجد

---

(1) , (2) JACQUES PELLERIEN, Les clauses relatives a la repartation des risques Financiers entre cocontractants These, Op. Cit., P. 44, No. 222.

(3) REGIS FABRE, les clauses d`adaptation dans les contrats, Op. Cit., P. 20, No. 49.

(4) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par la volonte des parties, these, Op. Cit., P. 117, No. 268.

صاحب المصنع أن المادة محل التوريد بها عيب ما، أو ليست مستكملة للشروط والمواصفات التى يعول هو عليها فى جودة المادة الطبيعية، فإنه ينبه المورد إلى ذلك ويطلب منه أن يورد له مادة خام أخرى تتفق مع حاجة المصنع. فإن وافق المورد على هذا الطلب كنا أمام تغيير لموضوع الإلتزام. مثال آخر، لو أن «المشترى رأى عدم مطابقة المحل المسلم له مع المواصفات المنصوص عليها، ونبه الطرف الآخر الذى بادر بتغيير هذا المحل - بلا قيد ولا شرط - بآخر خال من العيوب المشار إليها»(١) فى المحل الأول، كنا، أيضا، أمام تغيير لموضوع الإلتزام.

٩٠ - ثانيا : الوفاء بمقابل «الوفاء البدلى» :

وقد يجد الدائن أن ماسيسلمه له المدين بناء على الإتفاق بينهما لايشبع حاجته وقت التسليم، رغم أنه كان يشبعها وقت التعاقد، وكان ذلك بسبب تغير الظروف الإقتصادية التى تم فى ضوئها التعاقد. فيتفق مع المدين على تغيير محل الإلتزام، ونكون، عندئذ، أمام صورة من صور التعديل الإتفاقى للإلتزام، منصبة على موضوع الإلتزام. ففى عقد توريد المواد الخام لأحد المصانع، مثلا، لو غير صاحب المصنع من نشاطه نتيجة لتغير الظروف الإقتصادية، كأن حول إنتاجه من الإنتاج المدنى إلى الإنتاج الحربى بسبب نشوب حرب فى المنطقة، أو حول انتاجه من سلعة مدنية إلى سلعة مدنية أخرى بسبب عزوف الجمهور عن استهلاك الأولى واتجاهه بكثرة إلى استهلاك الثانية، نتيجة ظروف الفقر أو المجاعة أو نتيجة لتغير نمط الإستهلاك الترفى، فاتفق، لمواجهة مثل هذه التغيرات، مع المدين (المورد) على استبدال المادة الخام الواردة فى عقدهما بمادة خام أخرى تستجيب لمتطلبات الإنتاج الجديد، كنا أمام وفاء بدلى لمحل الإلتزام، وهو مايمثل تطبيقا للتعديل الإتفاقى للإلتزام. مثال آخر: لو أن رب العمل المتعاقد مع العامل، إتفق معه منذ البداية، على أن

---

(1) ALAIN GHOZI, la modification de l`obligation par les volontes des parties, These, Op., Cit., P. 115, No. 261.

يعمل الأخير فى قسم الحياكة، ثم اتفق معه، فيما بعد، على أن ينتقل إلى العمل فى قسم العراوى أو فى قسم تركيب الزراير، لمواجهة نقص الأيدى العاملة فى كل من القسمين الأخيرين، كنا، أيضا، أمام حالة تعديل اتفاقى للإلتزام، أخذت صورة الوفاء البدلى للموضوع. مثال أخير: «مدين بوعاء للزهور (فازا) يمكن أن يتفق معه على أن يقدم بدلا منها مشكاتين»(١). فنكون أمام تبديل اتفاقى لمحل الإلتزام، اتخذ صورة الوفاء البدلى.

والوفاء البدلى وإن كان يتفق مع تغير محل الإلتزام فى أن كلا منهما يمثل تطبيقا للتعديل الإتفاقى لمحل الإلتزام، إلا أن الصورتين مختلفتان فى أن فى ألوفاء البدلى يكون المحل البديل شيئا آخر ومختلفا تماما عن المحل الأصلى، فى حين أن فى صورة التغيير لا يكون ثمة خلاف بين المحل البديل والمحل المتفق عليه أصلا، إلا أن المدين عند قيامه بالوفاء بإلتزامه قدم الشىء المتفق عليه على صورة غير المتفق عليها، أو قدم شيئا آخر خلاف المتفق عليه، فطلب منه الدائن التصحيح وقبل. فلا يكون هناك خلاف بين محل الإلتزام المتفق عليه أصلا والمحل الذى قام المدين بالوفاء به.

٩١ - ثالثا : التنازل الجزئى المتبادل :

رأينا فى الصورتين سالفتى الذكر أن الإتفاق اللاحق ينصب على تعديل موضوع التزام المدين وحسب. أما فى الصورة الحالية فإن موضوع التعديل الإتفاقى ينصب على محل التزام كل من الطرفين لا على محل التزام أحدهما فقط، ويكون هدف هذا التعديل الإنقاص المتبادل لكل من الإلتزامين(٢).

ولتوضيح هذه الصورة للتعديل الإتفاقى المنصب على موضوع الإلتزام يسوق جانب من الفقه الفرنسى، لنا، نصوص المواد ١٦٤٤، ١٧٢٢ و ١٧٩٣ من

---

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par les volontes des parties, these, Op. Cit., P. 83. No. 175.

(2) ALAIN GHOZI, These precite, P. 121 et suiv., No. 277 et suiv.

القانون المدنى الفرنسى، التى تقابلها المواد ٤٣٤، ٥٦٩ و ٦٥٨ من القانون المدنى المصرى، يسوقها كتطبيقات لهذه الصورة من التعديل الإتفاقى(١). فالمادة ١٦٤٤ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٤٣٤ من القانون المدنى المصرى تعطيان للمشترى - بدلا من أن يلجأ إلى القاضى ليطلب إعادة المبيع واسترداد الثمن - الحق فى أن يتفق مع البائع على تعديل محل التزامه، أى يتفقا على تخفيض الثمن فى مقابل أن يقبل المشترى إستلام المبيع بحالته غير المستوفية للشروط المتفق عليها. وبذلك نكون أمام عملية تعديل اتفاقى لمحل التزام كل من الطرفين عن طريق الإنقاص المتبادل(٢). والمادة ١٧٢٢ من القانون المدنى الفرنسى و٥٦٩ من القانون المدنى المصرى تعطيان للمستأجر، فى إيجار الأماكن، الحق فى أن يلجأ إلى القضاء طالبا تخفيض الأجرة، المستحقة عليه للمؤجر، إذا ماحدث تهدم جزئى للعين المؤجرة أثناء سريان فترة عقد الإيجار(٣). ويستطيع المستأجر التنازل عن هذا الحق والدخول فى مفاوضات مع المؤجر ليصلا - فى حالة نجاح المفاوضات - إلى التعديل الإتفاقى لإلتزامات كل منهما فيقبل، بموجبه، المستأجر عينا أقل صلاحية للإستعمال من العين المتفق عليها فى عقد الإيجار، فى الوقت الذى يقبل فيه المؤجر أجرة أقل من تلك المتفق عليها فى العقد الأول، وبذلك نكون أمام تخفيض جزئى لإلتزامات الطرفين، يمثل صورة من صور التعديل الإتفاقى لمحل الإلتزام المنصب على الموضوع بمعنى الكلمة.

وفى الأخير، فإن تفسير المادتين ١٧٩٣ من القانون المدنى الفرنسى

---

(1) ALAIN GHOIZI, La modification de l`obligation par les volontes des parties, these, Op. Cit., No. 278, P. 122.

صحيح أن هذه النصوص تعطى الحق فى اللجوء إلى القضاء لطلب التعديل، ليكون التعديل - عندئذ - تعديلا قضائيا، لكنها، فى الحقيقة، تفتح الباب للطرفين لاجراء المفاوضات التى قد تصل بهما إلى التعديل الإتفاقى، بدلا من اللجوء إلى القضاء.

(٢) مالم يختار المشترى فسخ عقد البيع.

(٣) مالم يختار المستأجر فسخ عقد البيع.

و ٦٥٨ من القانون المدنى المصرى يؤدى، بمفهوم المخالفة(١)، إلى تأكيد أن المقاول ورب العمل يمكنهما أن يتفقا على تعديل التزاماتهما التى يحددها الإتفاق الأصلى. وبمقتضى هذا التعديل الأخير يقبل رب العمل تنفيذ خطة أقل كلفة على المقاول من الخطة المتفق عليها، فى مقابل أن يقبل المقاول عمولة أقل من العمولة المتفق عليها. وبذا نكون حيال تعديل اتفاقى لموضوع الإلتزام بالمعنى الضيق للكلمة يتخذ صورة الإنقاص الجزئى لإلتزامات كل من الطرفين.

٩٢ - هذه الصور الثلاث لتعديل موضوع الإلتزام بمعنى الكلمة التى قال بها بعض الفقهاء(٢) فنوافق على اثنتين منها، فى حين نتحفظ بالنسبة للثالثة: فنوافق على اعتبار كل من الوفاء البدلى والتنازل الجزئى المتبادل تطبيقين للتعديل الإتفاقى للإلتزام. إذ فى الصورة الأولى يتفق المتعاقدان على أن يستبدلا محل إلتزام المدين بمحل آخر بهدف مواجهة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. وفى الصورة الثانية يتفق المتعاقدان على أن يقبل كل منهما من الآخر آداء أقل من المتفق عليه فى العقد، وذلك بغرض التغلب على الظروف التى تواجه أحد المتعاقدين وتجعل وفاءه بالإلتزام المتفق عليه أكثر صعوبة، فيحاول أن يتجنبها بالتعديل الإتفاقى.

أما الصورة الخاصة بالتغيير فإننا لانوافق على اعتبارها صورة من صور تعديل موضوع الإلتزام المتفق عليه منذ البداية، وإنما هى لاتعدو أن تكون تنفيذا من المدين لإلتزامه المتفق عليه من بادىء الأمر، بالحالة وعلى الوجه الذين اتجهت إليهما النية المشتركة للمتعاقدين، وقت التعاقد. حقا إن هذا التنفيذ جاء - بالفرض - بعد تنبيه، من الدائن للمدين، بالعيوب والنقائص التى

---

(٤) نقول مفهوم المخالفة لأن كلا من المادتين تتحدث عن زيادة الثمن فى مقابل تنفيذ المقاول لخطة أخرى غير الخطة المتفق عليها مع رب العمل، وبفرض أنها خطة أفضل لرب العمل.

(2) ALAIN GHOZI, these Op. Cit., P. 83, et siuv No. 175 et suiv.

تعترى العرض الذى قدمه المدين قبل التنفيذ الصحيح للمتفق عليه. لكن ذلك لا يغير من الأمر شيئا. فتنبيه الدائن المدين لايعدو أن يكون إصرارا منه على تنفيذ الإلتزام طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية، على حد تعبير المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى التى تقابل المادة ٣/١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى[١].

---

(٢) ينص الفصل ٢٣١ من قانون الالتزامات والعقود المغربى والمادة ٢٤٨ من قانون الالتزامات والعقود الموريتانى على أن «كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية».

الفرع الثانى

تعديل الملحقات

٩٣ - قد لايولد الإلتزام الأساسى الناشىء عن العقد منفردا بذاته، وإنما تولد معه، منذ البداية، توابع أو ملحقات له، كتأمينات شخصية أو عينية يشترطها الدائن على المدين حتى يضمن استيفاء حقه. وقد يولد الإلتزام الأساسى منفردا منذ البداية، ولكن تنشأ له، فيما بعد، بعض الملحقات أو التوابع، تستوى، بعد نشوئها، فى الحكم - بصدد بحثنا هنا - مع الملحقات التى نشأت مع الإلتزام منذ مولده.

هذه التوابع أو الملحقات بصنفيها يثور بالنسبة لها التساؤل عن قدرة الأطراف على إجراء التعديل فيها.

وكمبدأ عام، يقود قياس «من باب أولى» إلى القول بأن المتعاقدين يملكان إجراء التعديل على أى من ملحقات موضوع الإلتزام الأساسى(١)، لأن من يملك تبديل الأصل يملك تعديل الفرع أو الملحق. وتعديل الملحقات هذا قد يأخذ صورة إلغاء أحد هذه التوابع، وقد يأخذ صورة إنشاء تابع لم يكون موجودا من قبل، وقد يأخذ، فى الأخير صورة تحوير ما لتابع قائم، دون أن يصل الأمر إلى حد الغائه.

لكننا نبادر إلى القول بأن ليس كل تغيير يجريه المتعاقدان على توابع الإلتزام يعد تعديلا. بل إن تقسيما تقليديا يبرز فى هذا الخصوص. هذا التقسيم، يفرق بين ما إذا كانت إضافة تابع جديد للإلتزام أو إلغاء تابع كان ملحقا بالإلتزام أو إجراء تحوير فى تابع ملحق بالإلتزام، تؤدى إلى التأثير

---

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par les volontes des parties, these precite, P. 131, No 303.

فى طبيعة الإلتزام، أم أنها لاتؤثر فى هذه الطبيعة، وإنما تؤثر فقط فى كيفية تنفيذه. ويعد الأمر تعديلا فى الحالة الثانية فقط دون الحالة الأولى[١]، على إعتبار أن صور الحالة الأولى تمثل هدما للرابطة وانشاء لرابطة أخرى بدلا منها.

فإضافة شرط أو الغاؤه، ليكون الإلتزام معلقا على شرط[٢] فى الحالة الأولى، وليصبح منجزا فى الحالة الثانية، يقود إلى هدم الرابطة الإلزامية الأولى وإنشاء رابطة الزامية جديدة بدلا منها، ويكون التغيير، عندئذ، قد أدى إلى تغيير طبيعة الإلتزام، ولايعد - والحال كذلك - تعديلا[٣].

لكننا نكون بصدد تعديل اتفاقى منصب على توابع الإلتزام الأصلى فى حالة اتفاق المتعاقدين - أثناء فترة سريان العقد - على تغيير عملة الحساب وجعلها، مثلا، بالجنيه الإسترلينى أو بالدولار الأمريكى بعد أن كانت بالجنيه المصرى، أو على منح المدين أجلا للوفاء بالدين، أو على شرط جزائى للتخلف أو التأخر فى الوفاء بالإلتزام. كذلك يعد تعديلا اتفاق المتعاقدين على الغاء شرط جزائى كانا قد اتفقا فى العقد الأول، محل التعديل، عليه، فالتغيير فى مثل هذه الأحوال يؤثر فى تنفيذ الإلتزام، دون أن يمتد إلى التأثير فى طبيعة هذا الإلتزام.

ومن توابع الإلتزام التأمينات[٤] التى تكفل تنفيذه، كرهن رسمى أو

---

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par les volontes des parties, these precite, No. 305, P. 132.

(٢) يستوى أن يكون الشرط واقفا أو أن يكون فاسخا.

(3) ALAIN CHOZI, La modification de l`obligation par les volontes des parties, these op. Cit., P. 132, No. 306.

(٤) قد تكون التأمينات التى اتفق عليها الطرفان، قصد ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلى، مقدمة من المدين بالإلتزام المضمون، وقد تكون مقدمة من الغير، كالكفيل الشخصى أو الكفيل العينى للمدين. ولايثير تعديل التأمينات المقدمة من المدين أى مشاكل. لكن يثور التساؤل عن إمكانية اتفاق طرفى الرابطة الإلتزامية الأصلية على تعديل التأمينات المقدمة من الغير، باعتبار ان المدين فى الإلتزام لا يملك حقا على هذه التأمينات التى يظل أى اتفاق فى شأنها متوقفا على رضا «الغير» صاحب أو مقدم التأمينات. فلا يمكن مثلا مد مدة الكفالة لفترة أطول باتفاق بين الدائن والمدين بدون رضا الكفيل.

حيازى، أو ضمان له. ولا يؤدى أى تغير فيها إلى هدم الرابطة الإلزامية الأصلية، بل إلى مجرد تطويع فى هذه الرابطة. ولذلك فإن اتفاق المتعاقدين على قلب الرهن الحيازى إلى رهن رسمى، أو قلب الرهن الرسمى على العقار الى مجرد رهن حيازى، أو قلب الضمان الشخصى إلى تأمين عينى، يعد فى حقيقة الأمر تعديلا لملحق من ملحقات موضوع الإلتزام الأصلى.

خلاصة القول، أن بعض التغيرات التى يجريها طرفا الرابطة الإلزامية على توابع أو وسائل الإلتزام الأصلى تعد تعديلا للرابطة الإلزامية يملكه طرفا الرابطة، بهدف مواجهة الظروف الإقتصادية الجديدة والتى، بالفرض، تختلف عن الظروف التى ابرم فى ظلها العقد الأصلى.

المطلب الثانى

النظام القانونى للتعديل الاتفاقى

٩٤ - أوضحنا أن الخاصية الجوهرية للتعديل الإتفاقى هى أنه لايهدم الرابطة العقدية الأصلية، بل تبقى هذه الرابطة مستمرة.

لكن من ناحية أخرى، فإن مضمون هذه الرابطة يصيبه التعديل نتيجة إدخال المتعاقدين لتغييرات سواء على موضوع الإلتزام بالمعنى الدقيق، أو على توابع هذا الموضوع، من تأمينات أو وسائل أو غيرها.

وبقاء الرابطة الأصلية يرتب نتائج قانونية جديرة بالعرض فى هذا الموضوع من بحثنا. وتغيير محتوى هذه الرابطة - على الرغم من بقائها - يثير نتائج قانونية أخرى، لا تقل أهمية فى توضيحها عن سابقتها.

ولذلك، فإننا سوف نتعرض فى هذا المطلب لكل من هذه النتائج وتلك، بعد تقسيمه إلى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول : الإبقاء على الرابطة الأصلية.

الفرع الثانى : تغيير مضمون الرابطة الأصلية.

الفرع الأول

الابقاء على الرابطة الأصلية

٩٥ - يترتب على القول بأن الإتفاق المعدل لايهدم الرابطة العقدية التى يعدلها إن «كل العناصر التى لم تتغير تبقى مستمرة وان كل الإلتزامات التى لم تعدل يجب أن تستمر كما تم الإتفاق عليها فى الإتفاق الأصلى»(١). تستوى فى ذلك العناصر والشروط الجوهرية والعناصر والشروط غير الجوهرية، أو الثانوية.

فلو أن المتعاقدين اتفقا على تعديل موضوع التزام البائع بموضوع آخر بدون أن يتعرضا لباقى الشروط الجوهرية المدرجة فى عقد البيع الأصلى، وجب أن تستمر هذه الشروط طبقا للإتفاق الأصلى فيلزم المشترى بدفع الثمن المحدد بهذا الإتفاق(٢). ولو أن رب العمل اتفق مع العامل على تغيير نوع العمل المسند للعامل دون أن يتعرضا لبقية شروط عقد العمل الأصلية، افترض أن الأجر سيكون كما هو مدرج فى العقد الأصلى دون أى تغيير. ولو أن المؤجر اتفق مع المستأجر على نقله من العين محل الإيجار الموضحة فى عقد الإيجار لعدم صلاحية هذه العين للسكنى وإحتياجها لترميمات جوهرية يعجز المؤجر عن القيام بها، إلى عين أخرى، دون أن يتعرضا لبقية شروط عقد الإيجار الجوهرية الأخرى، استمرت الأجرة كما هى محددة فى عقد الإيجار الأصلى، مادامت هذه الأجرة فى حدود الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا(٢).

---

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par les volontes des parties, these precite, P. 242, No. 667.
JACAUES PELLERIN, Les clauses relatives a la repartation de risques financier entre cocontractants, these Op. Cit., P. 450, No. 224.

(2) ALAIN GHOZI, These precite, P. 242, No. 668.

(٢) لأنه كما أشرنا سابقا يجب فى أى تعديل ألا يخرج عن قواعد النظام العام والحد الأقصى للأجرة يعتبر من النظام العام، فلا يجوز الخروج عليه ولا حتى باتفاق لاحق على عقد الإيجار الأصلى المبرم بين الطرفين.

ولو أن المستورد اتفق مع المورد على رفع سعر الطن من المواد الموردة بسبب التغيير العالمى فى أسعار المواد الخام، وجب استمرار بقية شروط عقد التوريد الأصلى دون تغيير، مادام المتعاقدان لم يتعرضا لها. فيفترض استمرار «كم» المورد على حاله كما هو مذكور فى العقد.

هذه أمثلة تتعلق ببقاء الإلتزامات والعناصر والشروط الجوهرية التى لم يتعرض لها المتعاقدان والثابتة فى العقد الأصلى. كذلك فإن التوابع تستمر مالم يتفق الطرفان على تعديلها، وإن كان الأمر بصددها يحتاج إلى بعض التفصيل، لأن بعض هذه التوابع يكون مقررا بقوة القانون، فى حين أن البعض الآخر لا يتقرر إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك. والتوابع التى يتفق الطرفان على تقريرها قد يلتزم بها المدين فى الرابطة العقدية وقد يلتزم بها الغير.

أ - فإذا كانت توابع الإلتزام مقررة بنص القانون، كما فى الإمتياز المقرر لأجر العامل بمقتضى نص المادة ١١٤١ من القانون المدنى المصرى والمادة ٢١٠١ من القانون المدنى الفرنسى، وكما فى ضمان المستعير هلاك أو تلف الشىء المعار المقرر بمقتضى المادة ٢/٦٤١ من القانون المدنى المصرى(١)، والمادة ١٨٨٢ من القانون المدنى الفرنسى(٢)، فإن الإبقاء على التبع أو عدم الإبقاء عليه يتوقف على ما إذا كان الإتفاق المعدل أبقى على الأصل المتبوع أم أنه عدله. وبمعنى آخر هل الأصل المتبوع كان محلا للتعديل، أم أن التعديل كان له محل آخر، ليزول التبع فى الحالة الأولى،

---

(١) والتى تنص على أنه «٢ - وفى كل الأحوال يكون (المستعير) ضامنا لهلاك الشىء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجىء أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شىء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له والشىء المعار فاختار أن ينقذ مايملكه».

(٢) والتى تنص على أن:
Si la chose pretee perit par cas fortuit dont l`emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l`une des deux, il a prefere la sienne, il est tenu de la perte de l`autre.

وليبقى فى الحالة الثانية. ففى حالة الإتفاق بين العامل ورب العمل على تعديل موضوع التزام العامل، أى تغيير العمل المسند لهذا الأخير، لاتكون لمثل هذا الإتفاق صلة بالإمتياز المقرر بمقتضى المادة ١١٤١ من القانون المدنى المصرى والمادة ٢١٠١ من القانون المدنى الفرنسى. أما إذا كان الإتفاق المعدل متعلقا بالأجرة المقرر الإمتياز لصالحها، فإن بقاء الإمتياز فى هذه الحالة لا يثير أى شك، لأن الإتفاق المتعلق بالأجرة لم يلغها كلية حتى يزول التابع (الإمتياز). لكن إذا الغى الإتفاق الأجرة كلية وأصبح العامل يقوم بالعمل فى مقابل التزام سابق يقع على عاتقه، فإن التبع يزول بزوال الأصل، ويكون الإتفاق المعدل، عندئذ، مؤديا إلى زوال التبع. وفى حالة الإتفاق بين المعير والمستعير على مد أجل العارية، فإن هذا التعديل الإتفاقى لايؤثر فى وجود الشىء المعار، وبالتالى يظل قائما الضمان الذى تقرره، لصالحه، المادة ٢/٦٤١ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٨٨٢ من القانون المدنى الفرنسى. أما إن ترتب على الإتفاق المعدل أن فقد الشىء المعار صفته، كأن كان مضمون الإتفاق المعدل الإبقاء على الشىء المعار فى يد المستعير ولكن بصفة أخرى، بصفته شيئا مؤجرا، مثلا، فقد التبع وجوده بفقد الأصل لوجوده.

ب - وفى حالة ما إذا كانت توابع الإلتزام مقررة باتفاق المتعاقدين وملزم بتقديمها أحد الطرفين، فإنها - مالم يتعرض لها الإتفاق المعدل - تستمر بحالتها المنصوص عليها فى الإتفاق الأول(١). فلو أن المورد قدم رهنا حيازيا للمستورد لضمان استمراره فى توريد المواد المتعاقد عليها، واتفق المتعاقدان على تعديل نوع المواد الموردة لمواجهة التغيرات التى طرأت على إنتاج مصنع المستورد، بسبب تغير ظروف الطلب على المنتجات المختلفة، فإن هذا التعديل

---

(1) JACQUES PELLERIEN, Les clauses relatives a la repartation des risques financier entre cocontractants, these precite, P. 450. No. 224.
ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par la Volonte des parties, these precite, P. 242 et 243, No. 670.

لإلتزام المدين لايؤثر على توابع هذا الإلتزام (الرهن الحيازى) التى تستمر كما كانت قبل إجراء التعديل.

وإذا اتفق البائع مع المشترى على تشديد ضمان البائع، بأن ضمن حتى العيوب التى جرى العرف على التسامح فيها، أو ضمن العيوب التى كان المشترى يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى. ثم فى اتفاق لاحق عدلا فى ثمن المبيع بسبب هبوط القوة الشرائية للنقود بفعل التضخم، أو بسبب ارتفاع أثمان الأشياء التى يعد المبيع واحدا منها، بفعل حرب أو حصار إقتصادى أو غيرهما، فإن هذا الإتفاق لايؤثر فى الضمان الذى تحمله البائع ويستمر هذا الضمان باعتباره من توابع الإلتزام المقدم من أحد طرفى الرابطة العقدية محل التعديل.

جـ - وفى الأخير، فإن فى توابع الإلتزام الإتفاقية المقدمة من الغير يرد استثناء على فكرة استمرار توابع الإلتزام محل التعديل، من مقتضاه ألا تستمر التوابع المقدمة من الغير(١) فى ضمان الإلتزام الذى أحله الطرفان محل الإلتزام القديم. فلو أن المقرض باتفاق مع المقترض مد أجل عقد القرض، فإن التأمين المقدم من الغير بقصد ضمان هذا القرض لايمتد مع امتداد عقد القرض. بل ينتهى مفعوله بإنتهاء المدة المحددة أولا لعقد القرض.

وخلاصة القول، أن الرابطة العقدية الأصلية لاتنقضى نتيجة للتعديل الإتفاقى وإنما تستمر، مما يترتب عليه أن كل العناصر والإلتزامات والشروط

---

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par la volonte des parties, these Op. Cit., P. 242, No. 670.
JACQUES PELLERIN, Les clauses relatives a la repartation des risques financier entre cocontrants, these Op. Cit., P. 450., No. 224.

الأصلية فيها تستمر كما كانت عليه فى الإتفاق محل التعديل، إلا مايتناوله التعديل منها. وكذلك الشأن فى توابع الإلتزامات الأصلية، فإنها - فيما عدا مايتناوله التعديل منها - تستمر منتجة لآثارها، وإن كان يرد على هذا الحكم استثناء يتعلق بالتوابع المقدمة من الغير. فهذه التوابع تتوقف عن إحداث مفعولها «لا بسبب حل الرابطة القانونية (الأصلية) ولكن بسبب أنه لايسمح للطرفين المتعاقدين أن يزيدا من العبء الذى يتحمله المشاركون فى اتفاق، هم بالنسبة له أجانب»(١).

(1) ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par la volonte des parties, these Op. Cit., P. 242, No. 670.

الفرع الثانى

تغيير مضمون الرابطة العقدية

٩٦ - إذا كان التعديل لايهدم الرابطة العقدية التى يرد عليها، وإنما تظل هذه الرابطة قائمة مستمرة ومنتجة لآثارها، إلا أن التعديل، من ناحية أخرى، يهدف إلى تغيير مضمون هذه الرابطة، بإستبدال عنصر من عناصرها بعنصر آخر.

ويترتب على تغيير مضمون هذه الرابطة العديد من النتائج المتولدة عن أن هذا التعديل قد يؤدى إلى استبدال أداء ذى طبيعة معينة بأداء آخر ذى طبيعة مختلفة، أو يؤدى إلى استبدال آداء ذى خصائص معينة بآداء آخر ذى خصائص مختلفة، رغم اشتراكه مع الأول فى الطبيعة.

فقد يتفق المتعاقدان على تغيير موضوع الإلتزام المحدد فى الإتفاق الأول بعقار بمنقول أو العكس، أو يستبدلا الآداء العينى بآداء نقدى أو العكس. وفى كلتا الحالتين يترتب على تغيير طبيعة الآداء تطبيق قواعد قانونية تختلف عن القواعد التى كانت تحكم الرابطة قبل الإتفاق المعدل. وقد يؤدى الإتفاق المعدل إلى استبدال شىء مثلى بشىء قيمى أو العكس، أو إلى استبدال مال قابل للإستهلاك بآخر غير قابل للأستهلاك أو العكس، أو شىء موجود بشىء مستقبلى أو العكس. وفى كل هذه الأحوال يترتب على تغيير خصائص الآداء تطبيق قواعد قانونية مختلفة عن تلك التى كانت تحكم الرابطة قبل الإتفاق المعدل، وهو ما سنراه على التفصيل التالى:-

٩٧ - أولا : استبدال المنقول بالعقار، أو العكس :-

إن التمييز بين المنقول والعقار، والذى يستند إلى طبيعة الأشياء[١]،

---

(١) بمعنى أن كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله من مكان إلى آخر بدون تلف أو تغيير يعتبر عقارا، فى حين أن كل شىء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تغيير أو تلف يعتبر منقولا. وقد خرج القانون عن معيار طبيعة الأشياء هذا فى التمييز بين المنقول والعقار فى حالتين:

تترتب عليه نتائج تتمثل فى تطبيق قواعد قانونية على العقار تختلف عن تلك التى تطبق على المنقول، أو هى خاصة بالعقارات دون أن تقابلها قواعد تخص المنقولات، ووجود قواعد خاصة بالمنقولات دون أن تقابلها قواعد خاصة بالعقارات. وهذه النتائج تظهر أهميتها فى الغرض الذى نحن بصدده: فرض أن يترتب على التعديل إحلال آداء عقارى محل آداء منقولى أو العكس. فإذا ترتب على التعديل أن التزام المدين بآداء عقار، أو بمعنى أدق ترتيب حق عينى أصلى على عقار، بدلا من المنقول، وجب اتباع إجراءات الشهر العقارى حتى يكون هذا التعديل نافذا فى حق الغير(١)، أما لو حدث العكس وقام المدين، بناء على التعديل، بتقديم منقول بدلا من العقار، أعفى هذا الآداء من إجراءات الشهر. وقس على ذلك اللجوء إلى قواعد الغبن إذا كان العقار المقدم كبديل للمنقول مملوكا لناقص الأهلية، واستبعاد هذه القواعد إذا حل المنقول بدلا من العقار، لأن الغبن فى القانون المصرى لايعد سببا لإبطال العقد إلا فى بيع عقار ناقص الأهلية دون منقولاته(٢). ويقاس على ذلك، أيضا، لجوء

- الأولى: خاصة بالعقار بالتخصيص الذى هو فى حقيقته منقول ولكنه رصد على خدمة عقار فأخذ حكم هذا الأخير واعتبر عقارا بالتخصيص (م ٢/٨٢ مدنى مصرى، ٥٢٤ مدنى فرنسى).

الثانية: خاصة بالمنقول حسب المآل، وهو فى حقيقته عقار، لكن نظرا لما سيئول إليه هذا العقار اعتبر منقولا بحسب المآل.

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ٨ - حق الملكية - دار النهضة العربية (١٩٦٧) - ص ١٦ - بند ٦.

ALEX WEILL, Droit civil, les biens, 2 eme edition. Precis Dalloz, P. 448 et suiv, No. 517 et suiv.

(٢) السنهورى - الوسيط - الجزء الرابع - المجلد الأول - الطبعة الثانية (١٩٨٦) - دار النهضة العربية - ص ٤٩٧ - بند ٢٢٠.

الدكتور عبدالمنعم البدراوى - الوجيز فى عقد البيع - مكتبة عبدالله وهبه - ١٩٧٠ - بند ٧٨ - ص ١٢٦.

GERARD FARJAT, Theorie des obligations, Op. Cit. P. 160.

وإن كان القانون المدنى الفرنسى لم يقيد الغبن بأن يكون العقار مملوكا لناقص الأهلية، وإنما أجاز ابطال بيع العقار للغبن مطلقا، طالما وصل الغبن، بالنسبة، للبائع إلى نسبة ١٢:٧.

مستلم الأداء لدعاوى الحيازة فى حالة ما إذا كان الأداء عقارا. لكن يكفيه الاستناد إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، إذا كان الآداء المسلم - بعد التعديل - منقولا بدلا من العقار والعكس بالعكس. وقس على ذلك، ثالثا، تحديد المحكمة المختصة بالنزاع، إذ ستكون محكمة موقع العقار بعد أن كانت محكمة موطن المدين فى حالة ما إذا كان الإتفاق المعدل قد أدى إلى استبدال عقار بمنقول وستكون محكمة موطن المدين فى حالة ما إذا كان الإتفاق قد أدى إلى استبدال منقول بعقار.

بإيجاز، يترتب على التعديل، إذا ما قاد إلى استبدال أداء ذى طبيعة منقولة بآخر ذى طبيعة عقارية. أو العكس، أن نلجأ إلى تطبيق قواعد قانونية تتفق وطبيعة الآداء الجديد، وتختفى من التطبيق القواعد القانونية التى كانت واجبة التطبيق أصلا(١).

٩٨ - ثانيا : استبدال الأداء العينى بأداء نقدى، أو العكس:-

يثير أداء الإلتزام النقدى العديد من الصعوبات القانونية. والسبب فى ذلك أن الدولة، فى عصرنا الحالى، تفرض لعملتها سعرا قانونيا وسعرا إلزاميا يجب أن يحترمهما كل من يقيم على ترابها الوطنى فى تعاملاته، لكن السعر القانونى، وهو السعر الذى تسميه الدولة لعملتها، وإن كانت العملة قد ظلت محافظة عليه لفترة من الزمن، إلا أن الأزمات السياسية والإقتصادية والحربين العالميتين اللتين شهدهما النصف الأول من القرن العشرين، أدت جميعها إلى أن تكون القيمة الفعلية للعملة أقل من قيمتها الإسمية، الأمر الذى يؤدى إلى التساؤل عن الفترة التى يحسب فيها أداء الدين، إذا ما اتخذنا من العملة الوطنية وسيلة حساب(٢).

---

(1) ALAIN GHOZI, THESE oP. cIT., p. 245, 683.

(٢) ذلك أن العملة تقوم بوظيفتين: الأولى: أنها وسيلة لتقويم الآداءات إذا كانت هذه الأخيرة أموالا أو خدمات. والثانية: هى أنها وسيلة الدفع العادية لعدد كبير من الإلتزامات.
ALEX WEILL, Droit Civi., Les biens, Op. Cit., P. 6, No. 6.

صحيح أن المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «إذا كان محل الإلتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر». وأن المادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أن «الإلتزام المتولد عن قرض نقدى، لا يكون دائما إلا المبلغ المذكور عدديا فى العقد»، إلا أن ذلك لايمنع من قيام المشكلة هنا. فلو أن الآداء الأول كان أداءا عينيا واتفق الطرفان على تعديله، باتفاق لاحق، ليكون أداء نقديا، ثار التساؤل عن الوقت الذى سوف يتخذ أساسا لتقدير القيمة النقدية للأداء المستبدل. هل هو وقت ابرام العقد أم هو وقت إجراء الإتفاق المعدل أم هو الوقت المحدد للوفاء؟ ونفس المشكلة تثور فى الحالة العكسية. أى حالة ما إذا كان الآداء المحدد فى الإتفاق الأصلى أداء نقديا واتفق الطرفان على استبداله بأداء عينى. فما هو الوقت الذى يتخذ أساسا لتقييم الأداء العينى الحال محل الأداء النقدى؟ أهو وقت ابرام العقد أم هو وقت إجراء التعديل أم هو، فى الأخير، وقت الوفاء؟ ولا تقتصر أهمية الإجابة على هذا السؤال على الناحية النظرية، بل ان لها أهمية عملية فى غاية الأهمية. فقد رأينا أن قيمة النقود تختلف من وقت إلى آخر، وبالتالى، فإن تحديد وقت تقييم الأداء سيترتب عليه تحديد قيمته النقدية.

صحيح أن المتعاقدين غالبا ما يحسمان هذه المسألة بالاتفاق على الوقت الذى يقيم فيه الآداء العينى البديل أو المستبدل. لكن، أيضا، الفروض الأخرى التى لايتعرض فيها المتعاقدان إلى تحديد مثل هذا الوقت ليست قليلة العدد، مما يجعل المشكلة تظل قائمة.

ولمواجهة هذه المشكلة فإننا نرى أن حسمها يتم على أساس القواعد التى تحكم الإلتزامات النقدية كما حددتها المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٨٩٥ من القانون المدنى الفرنسى، سالفتى الذكر. فهذه القواعد تقود - على مانرى - إلى أن الوفاء العينى البديل أو المستبدل يتم تقييمه وقت الإتفاق اللاحق المعدل للإلتزام العقدى، لأنه فى هذا الوقت يتم الوفاء،

حكما، بمبلغ من النقود. وهو يكون وفاء من المدين فى الفرض الذى يحل فيه المتعاقدان، بالإتفاق المعدل، أداءا عينيا محل الأداء النقدى. ويكون وفاء من الدائن فى الفرض الذى يتم فيه استبدال الآداء العينى بآداء نقدى.

وتتصل بمسألة نقدية الأداء أم عينيته طريقة التنفيذ الواجبة الإتباع. فللتنفيذ على النقود طرق تختلف عن طرق التنفيذ على العروض أو المنقولات أو العقارات(١).

وخلاصة القول، أنه يترتب على التعديل، إذا ماقاد إلى استبدال آداء نقدى بآداء عينى، أو العكس، أن نلجأ إلى تطبيق قواعد قانونية أخرى تتفق مع المضمون الجديد للرابطة الإلزامية، ذلك المضمون الذى تغير نتيجة للتعديل اللاحق. ومن أهم هذه القواعد حماية السعر الرسمى والإلزامى للأداءات النقدية، على عكس الآداءات العينية التى يتغير سعرها من وقت إلى آخر. بل أن سعر الآداءات العينية قد يتغير فى لحظة واحدة من النقيض إلى النقيض إذا ما سادت الأوساط المعنية بها حالة تشاؤمية أو حالة تفاؤلية.

٩٩ - ثالثا : استبدال المثلى بالقيمى، أو العكس:

يختلف النظام القانونى الذى يحكم الأشياء المثلية، من بعض الوجوه، عن النظام القانونى الذى يحكم الأشياء القيمية. ويترك هذا الإختلاف مفعوله على الرابطة العقدية فى حالة إدخال تعديل اتفاقى على هذه الرابطة يقود إلى تعديل موضوعها بإحلال شىء قيمى محل شىء مثلى، أو العكس. فالمثليات يقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء على أساس أن آحادها لاتتفاوت

---

(١) الدكتور فتحى والى - التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإدارى - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٨٠ - ص ٢٦٣ ومابعدها - بند ١٤٤ ومابعده.

تفاوتا يعتد به. فالمعدودات والموزونات والمكيلات والمقيسات لاتتفاوت فيما بينها. وعلى العكس من ذلك، تتفاوت القيميات فيما بينها تفاوتا يعتد به. لذلك لايقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء. فالدور والأراضى والحيوانات تتفاوت آحادها تفاوتا يؤدى إلى أن بعضها لا يقوم مقام بعض فى الوفاء(١).

ونتيجة لهذا الإختلاف يقود التعديل، أحيانا، إلى إحلال نظام قانونى محل نظام آخر. فلو أدى الإتفاق اللاحق بين المتعاقدين إلى إحلال شىء مثلى محل شيىء قيمى، كأن اتفقا على أن يقوم المورد بتوريد جلود الحيوانات (شىء مثلى) بدلا من توريد الحيوانات (شيىء قيمى) إلى مصنع المورد الذى حوله إلى مصنع لدبغ الجلود، بعد أن كان يقوم بتعليب اللحوم، ترتب على ذلك تطبيق الأحكام الخاصة بالمثليات بعد أن كانت القواعد الخاصة بالقيميات هى المطبقة. ولو حدث العكس وأدى الإتفاق اللاحق إلى إحلال شىء قيمى محل شىء مثلى كأن يتفق الطرفان على أن يقدم الملتزم فدانا من الأرض الزراعية بدلا من تقديم مائة قنطار من القطن عجز المدين عن تقديمها نتيجة لضعف محصول القطن فى ذلك العام، مثلا، ترتب على ذلك تطبيق الأحكام الخاصة بالقيميات. والخروج من نظام إلى آخر يقود إلى تطبيق أحكام الأخير. فمثلا لو أدى الإتفاق المعدل إلى إستبدال المثلى بالقيمى لانطبقت القواعد الخاصة بالمثليات بما يترتب على ذلك من ضرورة إفراز المثلى حتى تنتقل الملكية(٢)، ومن أعطاء الدائن الحرية المطلقة فى إختيار هذا الشىء أو شىء مماثل له(٣) ليوفى به، ومن اعتبار هلاكه غير منه لإلتزام المدين، بل

---

(١) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - الطبعة الرابعة (١٩٧١) - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص ٧٢٠ - بند ٢٧٥.

الدكتور محمود جمال الدين زكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - الطبعة الثانية - القاهرة - ص ٢٩٢ - - بند ١٨٦.

MAZEAUD, Lecons de droit civil, tome premier,
1 er volume 6 me cdition (1980) Par FRANCOIS CHABAS,
Montchrestien, P. 292, No. 236.

(٢) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ٢٧٥ - ص ٧٢٩.

(3) MAZEAUD, Op. Cit. 292, No. 236.

يجب على هذا الأخير أن يوفى بشىء آخر مثله(١)، بالإضافة إلى أن المدين يمكن أن يقاصى الدائن به، طبقا لنص المادة ١/٣٦٢ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٢٩١ من القانون المدنى الفرنسى(٢).

وفى الفرض العكسى يخرج آداء الملتزم من حكم القواعد الخاصة بالأشياء المثلية ليخضع لحكم القواعد الخاصة بالأشياء القيمية، بما يقود إليه ذلك من عدم إمكان إجراء المقاصة بين هذا الإلتزام ودين للملتزم فى ذمة دائنه، وبما يترتب عليه من انقضاء التزام المدين به بهلاكه، ومن أن ملكيته تنتقل إلى الدائن به من وقت إجراء التعديل، ومن كون المدين به لايستطيع الوفاء إلا بذات الشىء المتفق عليه مع الدائن، ولايملك تقديم بديل عنه.

وفى الإجمال، يترتب على التعديل الإتفاقى للرابطة العقدية، باستبدال القيمى بالمثلى أو المثلى بالقيمى، أن يحل نظام قانونى جديد محل النظام السابق الذى كانت تخضع له الرابطة العقدية، منذ نشأتها.

١٠٠ - رابعا : استبدال القابل للاستهلاك بشىء غير قابل للاستهلاك أو العكس:-

قد يكون أداء المدين المحدد فى العقد هو أداء شىء من الأشياء القابلة للإستهلاك، أى من الأشياء «التى ينحصر استعمالها بحسب ما اعدت له فى إستهلاكها أو انفاقها» على حد تعبير نص المادة ١/٨٤ من القانون المدنى المصرى. وعلى العكس، قد يكون هذا الأداء شيئا من الأشياء غير القابلة للإستهلاك، أى شيئا لايؤدى استعماله إلى استهلاكه أو إنفاقه. ثم يأتى، بعد ذلك التعديل الإتفاقى ويجعل الإلتزام أداء شىء غير قابل للإستهلاك فى الفرض الأول. أو آداء شىء قابل للأستهلاك فى الفرض الثانى.

---

(١) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - نفس الموضع.
(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ٨ - حق الملكية - المرجع السابق - ص ٨٦ ومابعدها - بند ٢٩ ومابعده.

فقد يكون موضوع التزام المدين، كما حدده العقد، شيئا من المعروضات كمائة طن من التمر، مثلا/ ويأتى التعديل ليجعل موضوع هذا الإلتزام دابة يستعملها الدائن فى تنقلاته. وقد يكون - على العكس - التزام المدين شيئا من الأشياء غير القابلة للإستهلاك كنقل ملكية حانوت مثلا، ثم يصبح، بالتعديل، شيئا قابلا للإستهلاك، كعدة أطنان من المعروضات. فمثل هذا التعديل يقود إلى أن يحكم الرابطة العقدية، بعد التعديل نظام قانونى يختلف، فى بعض جوانبه، عن النظام القانونى الذى كان يحكمها قبل التعديل. فبعد أن كان «الشىء» موضوع أداء المدين فى الرابطة العقدية خاضعا، فى الفرض الأول المشار إليه عاليه، لحكم الأشياء القابلة للإستهلاك، أصبح، بعد التعديل، خاضعا لحكم القواعد التى تحكم الأشياء غير القابلة للإستهلاك، مع مايترتب على ذلك من إمكانية ترتيب حق انتفاع أو حق استعمال عليه(١)، ومن التزام المدين بضمان التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الخفية لفترة قد تطول. وفى الفرض الآخر، بعد أن كان الشىء موضوع التزام المدين خاضعا لحكم الأشياء غير القابلة للإستهلاك صار، بالتعديل، يخضع للنظام القانونى للأشياء القابلة للإستهلاك، مع ما يترتب على ذلك من استحالة ترتيب حق انتفاع أو حق استعمال عليه، لأن ترتيب أى من هذين الحقين يفترض أن صاحب الحق ينتفع أو يستعمل الشىء مع بقاء أصله، وهو ما لا يمكن تصوره بالنسبة للأشياء القابلة للإستهلاك(٢)، ومع مايترتب على تغيير هذا النظام القانونى من صعوبة تصور ضمان الإستحقاق أو التعرض للشىء أو ضمان العيوب الخفية فيه، أو على الأقل قصر فترة هذا الضمان إن وجد.

---

(١) الدكتور حسن كيرة - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ٣٧٤ - ص ٧١٩.

الدكتور محمود جمال الدين زكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - المرجع السابق - ص ٢٩٤ - بند ١٨٧.

MAZEAUD, Lecons de droit, Op. Cit., P. 292, No. 235.

(٢) وإن كانت الضرورة العملية قد دعت المشرع (المادة ١/٩٩٢ من القانون المدنى المصرى، والمادة ٥٨٧ من القانون المدنى الفرنسى) إلى السماح بترتيب حق الإنتفاع على أشياء قابلة للإستهلاك. ويلتزم المنتفع، فى هذه الأحوال، بأن يعيد للمالك - فى نهاية فترة الإنتفاع - إما شيئا مماثلا للشىء الذى ترتب عليه حق الإنتفاع وإما قيمة هذا الشىء، ولايمكن أن يلتزم برد الشىء نفسه، لأنه، بالفرض، قد استهلك. =

وعلى ذلك، يترتب على استبدال الشىء القابل للإستهلاك بشىء غير قابل للإستهلاك، أو العكس، تغير مضمون الرابطة العقدية، مما يقود إلى تغير النظام القانونى الذى يحكم هذه الرابطة.

١٠١ - خامسا : استبدال الشىء الموجود بالشىء القابل للوجود أو العكس:-

قد يكون موضوع الإلتزام محل التعديل شيئا مستقبليا (المادة ١/١٣١ من القانون المدنى المصرى و١/١١٣٠ من القانون المدنى الفرنسى)، فيتفق المتعاقدان - بالتعديل - على تغييره بشىء موجود. وقد يحدث ويكون العقد منصبا على شىء موجود ويتفق الطرفان - بمقتضى التعديل - على تغييره بشىء مستقبلى. ففى مثل هذا الفرض يترتب على إجراء هذه الإتفاقات تغييرات فى مضمون الرابطة العقدية. بالرغم من إستمرار العقد الأصلى محل التعديل فى إنتاج آثاره الأصلية. ويقود التغيير فى مضمون الرابطة العقدية إلى تغيير فى النظام القانونى الذى يحكمها. فلو أن رب المصنع المتعاقد على توريد حصة شهرية من منتجات مصنعه إلى شركة لتوزيع هذه المنتجات، اتفق - فيما بعد - مع هذه الشركة على أن يورد لها كل الكمية المتعاقد عليها، مرة واحدة، مما هو مخزون فى مخازن مصنعه لخرجنا من مجال أحكام بيع الأشياء المستقبلية ودخلنا فى مجال أحكام بيع الموجود، والفرض العكسى أيضا قائم. فلو فرض وأن شركة من شركات الإسكان التى تعاقدت مع بعض عملائها على تسليمهم المساكن التى أقامتها فى حى معين غيرت - بإتفاق لاحق معهم - محل التزامها ليصير التزاما بتسليمهم وحدات سكنية سوف تنشؤها

- على أن الفقه لا يسمى هذا الحق المترتب على أشياء قابلة للإستهلاك بحق انتفاع، وإنما يسميه «شبه حق الإنتفاع» تمييزا له عن حق الإنتفاع الذى يترتب على أشياء غير قابلة للإستهلاك.

يراجع الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء التاسع - طبعة ١٩٦٨ - دار النهضة العربية - بند ٤٧٧ - ص ١٢٠٥، ١٢٠٦.

ALEX WEILL, Droit Civil, les bien, Op. Cit., P. 479. et suiv. No. 558.

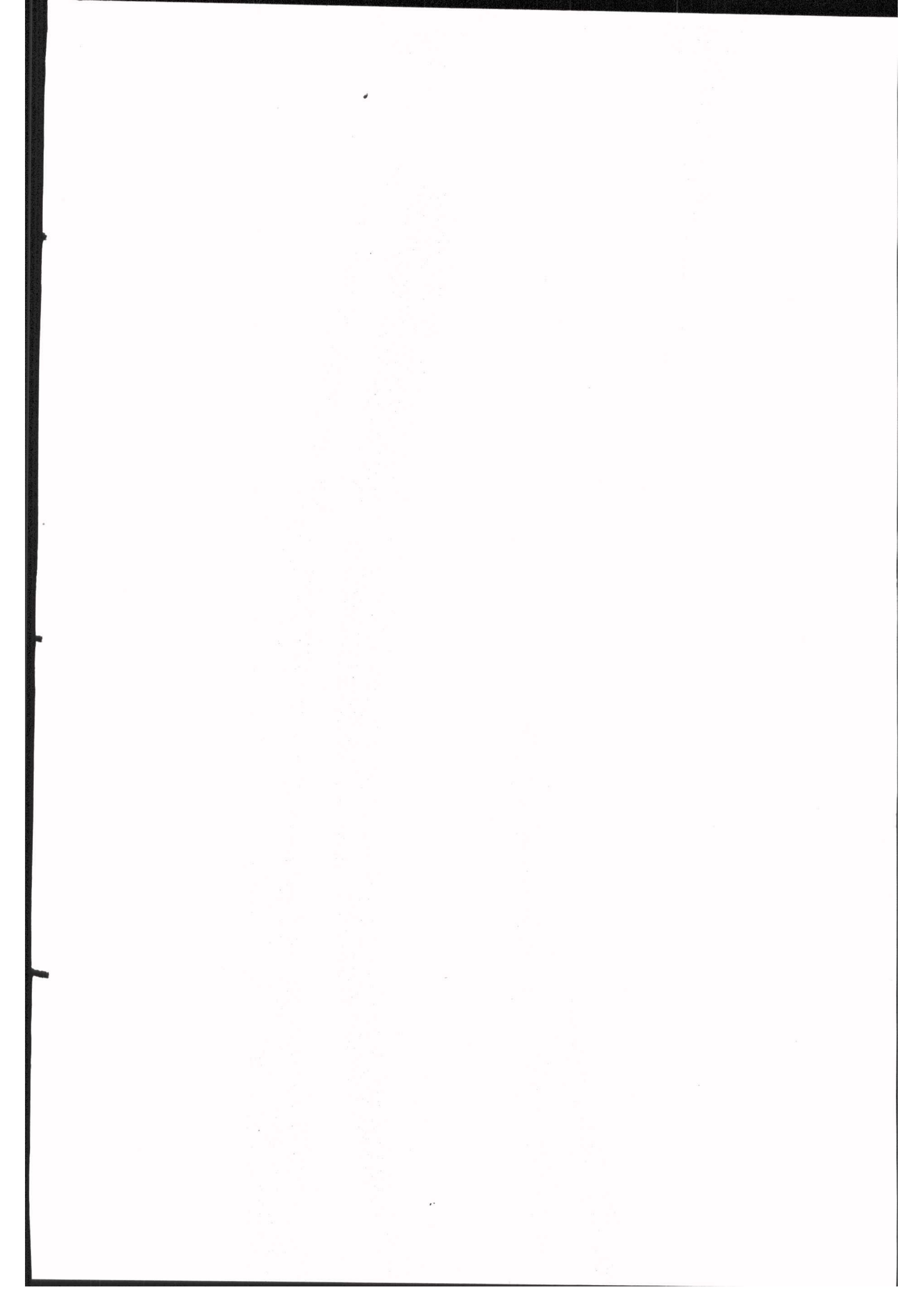
الشركة فى مكان آخر[١]، ترتب على ذلك أن حلت الأحكام الخاصة ببيع الأشياء المستقبلية محل الأحكام الخاصة ببيع الموجود.

ويعد تطبيق نظرية الجوائح، فى الفقه الإسلامى من أبرز جوانب المغايرة فى الأحكام بين الأحكام الخاصة ببيع الموجود وبيع الأشياء المستقبلية. فنظرية الجوائح تخص بيع الثمار والزروع قبل نضجها وبالتالى لايمكن تطبيقها على بيع الأشياء الموجودة.

كذلك يختلف بيع الموجود عن بيع الشىء المستقبلى - إن تعلق الأمر بالحقوق العينية العقارية - فى شأن التسجيل إذ مايمكن تسجيله وتنتقل ملكيته بذلك هو الشىء الموجود فقط، أما الأشياء المستقبلية فلا يتصور أن تنتقل ملكيتها، إلا بعد أن توجد. وأيضا تختلف الأشياء الموجودة عن الأشياء المستقبلية فى شأن العيوب الخفية وفى شأن الغلط اللذين يمكن تصورهما بالنسبة لشراء الأشياء الموجودة ولايمكن تصورهما بالنسبة لشراء الأشياء المستقبلية.

---

(١) حدث هذا فى مصر فى أعقاب الزلزال الذى ضرب بعض مدنها وخاصة، القاهرة فى ١٢ أكتوبر ١٩٩٢، إذ الغت معظم شركات الإسكان فى مصر كافة التخصيصات التى كانت قد قامت بها للعملاء وخصصت لهم وحدات مستقبلية، وذلك بعد أن اضطرتها الظروف إلى توزيع الوحدات الجاهزة إلى المتضررين من الزلزال.



الباب الثانى

دور الإدارة فى تطويع العقد

تمهيد وتقسيم:

١٠٢ - حينما نتكلم عن دور الإدارة فى تطويع العقد إنما نقصد الإدارة بمعناها الضيق، أى نقصد السلطة التنفيذية. ذلك أن مفهوم الإدارة يختلط، أحيانا، مع مفهوم الدولة بسلطاتها الثلاث من تشريعية وتنفيذية وقضائية. ونحن لا نقصد هذا المفهوم هنا للإدارة.

فدور السلطة التشريعية عن طريق إصدار التشريعات التى تعدل فى القوانين السارية، مع ما يترتب على ذلك من آثار على العقود القائمة، واضح وليس فى حاجة إلى بيان. فعندما تكون القوانين الجديدة متعلقة بالنظام العام، أو عندما يسبغ المشرع عليها وصف الأثر الرجعى تعدل، بلا جدال، من الإلتزامات العقدية القائمة وقت نفاذ هذه القوانين. وهذا الأمر فى غنى عن البيان. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن وظيفة السلطة التشريعية لا ترتبط بموضوع بحثنا هذا، وإنما ترتبط بدراسة الوظيفة التشريعية للدولة. وهى الدراسة التى تتم فى إطار القانون الإدارى.

أما عن دور القاضى، أو السلطة القضائية فى تطويع العقد ليتلاءم، فى الإلتزامات المتولدة عنه، مع الظروف الإقتصادية الجديدة، فإنه سيكون موضوع الباب التالى من هذا القسم، ولذلك لا ينصرف إليه مفهوم الإدارة هنا.

ومن هنا، فإننا نستبعد من دراسة هذا الباب أثر القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية على الإلتزامات العقدية القائمة وقت صدورها، كما نستبعد دور القاضى فى هذا الخصوص، الأمر الذى يجعل هذا الباب مقصورا على دور رجال السلطة التنفيذية فى تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية الجديدة.

بل وحتى فى هذا المجال فإننا نستبعد كل ما تقوم به السلطة التنفيذية متعلقا بالعقود الإدارية التى تخضع للقانون الإدارى والتى ينعقد الإختصاص بنظرها للمحاكم الإدارية. والسبب فى إستبعاد هذه الطائفة من العقود إنها لا تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين(١)، ومن ثم تكون دائما

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف - القانون الإدارى - طبعة ١٩٧٢ - مكتبة القاهرة الحديثة - ص ٥٢٨.

الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - ط ٢ - دار الفكر العربى - ص ٤٠٢ ومابعدها.

الدكتور احمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية - طبعة ١٩٧٣ - دار النهضة العربية - ص ١٩٢.

عرضة للتعديل من طرف الإدارة، بهدف تحقيق المصلحة العامة. فكما تقول محكمة القضاء الإدارى المصرية أن «العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية فى أنها تستهدف مصلحة عامة بسير العمل فى مرفق عام وأن كفتى المتعاقدين فيها غير متكافئة، إذ يجب أن يراعى فيها دائما، وقبل كل شىء، تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد. وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين فى تطبيقه وتفسيره وفى إنهائه. ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى تنفيذ العقد وفى تغير شروطه بالإضافة والحذف والتعديل»(١)، مادام الصالح العام يقتضى ذلك.

فللإدارة سلطة واسعة فى تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، وذلك عندما يقتضى الصالح العام هذا التعديل. فتستطيع الإدارة، لذلك، أن تزيد من التزامات المتعاقد معها أو تنقص منها، بدون حاجة إلى موافقته(٢).

هذه السلطة التى تملكها الإدارة إذاء العقود الإدارية ليست هى مجال بحثنا فى هذا الباب، لأن ما نقصده هنا هو السلطة التى تملكها جهة الإدارة إذاء العقود المدنية. أى إذاء العقود التى يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والتى لا تكون الإدارة طرفا فيها. لأن هذه العقود لو كانت الإدارة طرفا فيها لكنا فى مجال التطويع الإتفاقى على النحو الذى بيناه فى الباب السابق.

١٠٣ - بإستبعاد حالات التدخل فى العقود الإدارية والتدخل فى عقود القانون الخاص التى تكون الإدارة طرفا فيها يتحدد مجال هذا الباب بتدخل رجال السلطة العامة فى عقود الخواص من غير جهة الإدارة. هذا التدخل الأخير يستهدف إما مواجهة أوضاع إستثنائية يمر بها المجتمع، كحالات الحرب أو الوباء أو المجاعة أو الزلازل أو البراكين أو الفيضانات، أو مواجهة التطور المستمر - وإن كان عاديا - فى الحياة الإقتصادية للمجتمع.

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٢/١٢/٢ - مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة القضاء الادارى فى خمسة عشر عاما - المجلد الثانى - ١٩٥٢/١٨٥١.

(٢) الدكتور طعيمه الجرف - القانون الادارى - المرجع السابق - ص ٥٢٥.
الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - ص ٤٥١ ومابعدها.

وإذا كان تدخل رجال الإدارة العامة لتطويع عقود الأفراد بقصد مواجهة الظروف غير العادية الوقتية التى يمر بها المجتمع لا يلفت الإنتباه كثيرا للطبيعة الوقتية له، ولأنه يحكمه، فى الغالب، ما يسمى فى القانون الدستورى بقانون الطوارىء(١)، فإن تدخل رجال الإدارة العامة بقصد تطويع العقد، فى غير الظروف الإستثنائية الوقتية السابقة، يثير العديد من المشاكل التى يأتى فى مقدمتها تحديد مجال هذا التدخل وهل يؤخذ به كقاعدة عامة فى جميع العقود بلا استثناء أم أنه مقصور على أنواع معينة من العقود دون غيرها؟

١٠٤ - وبداية نقرر أن تدخل رجال السلطة العامة فى عقود الأفراد «ليس فكرة جديدة .... وإنما هو على العكس يمثل عنصرا من العناصر الأساسية» للنظم القانونية المعاصرة(٢). لكن ذلك لا يمنعنا من تقرير أن هذا التدخل اتخذ، فى الآونة الأخيرة، طابعا أكثر شمولية مما كان عليه الحال فى الماضى، فأصبح يغطى كل العقود التى يبرمها الأفراد فيما بينهم. فلا يمكن لأى عقد أن يفلت من هذا التدخل متى توافرت مقتضيات هذا الأخير.

فالإدارة قد تستهدف من تدخلها تأكيد فكرة الحرية التعاقدية وقد تستهدف إعادة التوازن العقدى للرابطة العقدية(٣). ففى حالات كثيرة تخفت

---

(١) وبالتالى يبحث فى إطار الكلام عن قوانين الطوارىء فى مجال القانون العام.

(2) M. PIERRE HARVEN: Rapport sur la question de l`intervention de l`etat dans les contrats, Travaux de l`Association de HENRI CAPITANT, 1946, P. 135.

الدكتور احمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة ومدى اتساع مجالات السلطة العامة فيها - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ص ٢٦ ومابعدها.

(٣) عن طريق تعديل بعض شروط الآداءات المتفق عليها بين الطرفين المتعاقدين، خاصة فى العقود التى تخضع لقوانين النقد والصرف. فالإدارة تستطيع أن تطوع الإتفاق بتغيير تاريخ الوفاء أو مكانه أو عملة الوفاء.

يراجع فى ذلك:

RENE ROBLET, Les repercussions de la reglementations Francaise de changes sur la formation et l`execution des obligations, Rev. de droit social, 17 annee (1954) No. 3 (Mars), P. 129.

الحرية التعاقدية بين الأفراد بسبب مايفرضه الطرف القوى على الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، فتجد الإدارة أن من واجبها أن تتدخل بقصد تأكيد وحماية هذه الحرية. وفى حالات أخرى كثيرة يختل التوازن فى أداءات طرفى الرابطة العقدية بفعل تغير الظروف التى ابرم العقد فى ظلها. وهنا يجد رجال السلطة العامة المجال مهياء للتدخل بهدف إعادة التوازن للرابطة العقدية.

إذن، تتدخل الإدارة فى عقود الأفراد مدفوعة بهدفين، أولهما، تحقيق فكرة الحرية التعاقدية وتأكيدها، وثانيهما، تحقيق العدالة التعاقدية. وهذا هو ماسنجعله منهاج دراستنا لهذا الباب فنقسمه إلى فصلين:

الفصل الأول: تدخل الإدارة من أجل حماية الحرية التعاقدية.

الفصل الثانى: تدخل الإدارة من أجل إعادة التوازن العقدى.

الفصل الأول

تدخل الإدارة من أجل حماية الحرية العقدية

١٠٥ - تدخلت الإدارة منذ وقت بعيد(١)، ومازالت تتدخل من «أجل حماية الحرية العقدية عندما يكون أحد المتعاقدين ضعيفا جدا والآخر قويا جدا .... (لأن) الحرية لاتوجد دائما عندما يترك العقد لحرية صورية للمتعاقدين، بسبب أنه يوجد طرف قوى جدا وآخر ضعيف جدا(٢)»، الأمر الذى يتعذر معه تحقق الحرية الحقيقية. فالطرف القوى سيفرض - بقوته - شروط العقد على الطرف الضعيف الذى - لضعفه - يقبل هذه الشروط، دون أن يكون قبوله هذا معبرا عن إرادة حقيقية لديه.

وقد اتخذ تدخل الإدارة، بقصد تأكيد الحرية التعاقدية، مظاهرا متعددة لاتخفى على العيان لمن يتعرض لدراسة بعض العقود، وعلى الخصوص تلك المتعلقة بالعمل والإيجار السكنى والإيجار الزراعى وعقود بيع السلع الضرورية(٣). ولكنه قبل ذلك اتخذ مظهرا عاما يسرى على كل العقود، ونقصد به امتناع الإدارة عن تقديم العون اللازم لتنفيذ حكم قضائى، إذا مارأت أن ذلك الإمتناع تدعو إليه مبررات قوية تتعلق بحماية الحرية التعاقدية.

---

(١) على الأقل منذ نهاية القرن التاسع عشر.
JACQUES GHESTIN. Les obligations, Le contrat, L.G.D.J., 1980, P. 81, No. 114.

(2) M. SAVATIER, Rapport sur le question de l`intervention de l`etat dans les contrats, travaux de l`assaciation de HENRI CAPITANT, 1946, P. 162.
JACQUES GHESTIN, Le contrat, Op. Cit. P. 81, No. 114.

(٣) فالإدارة أصبحت تتدخل فى كل ما يتصل بالجوانب الإجتماعية للأفراد.
JACQUES CHEVALLIR et DANIELE LOSCHAK, L`administration comme organisation et systeme d`action, Paris, 1978, L.G.D.J. P. 497, No. 1016.
ويعد تسعير السلع من أوضح صور تدخل الإدارة فى عقود الأفراد
PATRICK de FONTBRESSIN, de l`influence de l`acceptation de concept de prix sur l`evolution du droit des contrats, Sem. Jur., 1986, P. 655.

من أجل ذلك يجب أن نعرض لإمتناع جهة الإدارة عن تقديم العون اللازم لتنفيذ بعض الأحكام باعتباره المظهر العام لتدخل الإدارة من أجل حماية الحرية العقدية، ثم نعرض، بعد ذلك، لمظاهر التدخل التفريدية، أى الواردة بصدد الأحكام الخاصة ببعض العقود، على أن يكون كل فى مبحث مستقل، وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول : امتناع الإدارة عن المساعدة فى تنفيذ الحكم القضائى.

المبحث الثانى : تدخل الإدارة فى بعض العقود.

المبحث الأول

امتناع الإدارة عن المساعدة فى تنفيذ الحكم القضائى

١٠٦ - تنص المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات المصرى على أنه «ولايجوز التنفيذ فى غير الأحوال المستثناة بنص فى القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذى عليها صيغة التنفيذ التالية: على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك». ويقابل هذا النص، فى قانون المرافعات الفرنسى، نص المادة ٥٠٢، التى تقضى بأنه «مالم ينص القانون على خلاف ذلك، لايمكن لأى حكم أو أى عمل أن يوضع موضع التنفيذ إلا بتقديم نسخة مذيلة بالصيغة التنفيذية»(١).

فطبقا لهذين النصين على من صدر لصالحه حكم من القضاء قابل للتنفيذ الجبرى أن يذيل هذا الحكم بالصيغة التنفيذية، التى «هى أمر صادر إلى المحضرين بإجراء تنفيذ السند التنفيذى جبرا وإلى رجال النيابة ورجال الإدارة بالمعاونة على التنفيذ ولو اقتضى الأمر استعمال القوة الجبرية»(٢). فمن حق المحكوم لصالحه، إذن، أن يلجأ إلى السلطة العامة لتنفيذ هذا الحكم.

لكن مشاركة الإدارة فى تنفيذ مثل هذا الحكم تدخل فى مجال سلطتها

---

(١) وقد نصت المادة الأولى من المرسوم الفرنسى رقم ١٠٤٧ لسنة ١٩٤٧ على الصيغة التنفيذية التى يجب أن تذيل بها نسخ القرارات والأحكام والإنابات العدلية والأوراق، ونسخ العقود وكل السندات القابلة للتنفيذ الجبرى. وطبقا لهذا النص تكون الصيغة التنفيذية على النحو التالى: أن الجمهورية الفرنسية تنيب وتأمر كل الكتاب العدليين بأن يضعوا، عند الطلب، القرار المذكور (أو الحكم المذكور ... الخ) موضع التنفيذ، كما تأمر كل النواب العموميين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم الإبتدائية أن يعاونوا عليه، وتأمر قادة وضباط القوة العمومية بأن يقدموا يد العون حينما يطلب منهم ذلك بصورة قانونية.

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الجزء الثانى - منشأة المعارف بالاسكندرية - بدون سنة طبع - ص ٩٦٦.

التقديرية، وهو ما يعنى أن الإدارة تتمتع «بقسط من حرية التصرف عندما تمارس إختصاصاتها القانونية بحيث يكون للإدارة تقدير إتخاذ التصرف أو الإمتناع عن إتخاذه، أو إتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذى تراه مناسبا للتصرف أو السبب الملائم له، أو فى تحديد محله(١)». فإذا قدرت الإدارة أن تنفيذ هذا الحكم سيؤدى إلى اضطرابات يحسن تفاديها بعدم تنفيذه فإنها تمتنع عن تقديم العون اللازم للمشاركة فى تنفيذه. فالرفض الذى يجد له مبررا فى إعتبارات النظام العام لا يمثل خطأ فى حق الإدارة(٢).

وامتناع الإدارة عن المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية التى تصدر لصالح أحد المتعاقدين ضد المتعاقد الآخر(٣) قد يعتبر تدخلا منها - وان اتخذ صورة سلبية - فى آثار الرابطة العقدية، يبرره، من جهتها، أحيانا، حماية الحرية التعاقدية، وإن استند، فى كل الأحوال، على فكرة الملاءمة، أى ملاءمة عدم التدخل.

وتدخل الإدارة فى الرابطة العقدية بالإمتناع عن المعاونة فى تنفيذ الحكم متصور فى كل أنواع العقود الجارى التعامل بها، سواء كانت عقودا مسماة أم عقودا غير مسماة، منشئة للشخصية الإعتبارية أم عقود غير منشئة لها، عقود إذعان أم عقودا عادية(٤). ففى عقد البيع، مثلا، قد يصدر لصالح المشترى حكم ضد البائع بتسليم المبيع، ولكن الإدارة قد تجد أن البائع كان وقت البيع فى حاجة دفعته إلى البيع بشروط قاسية عليه أو صارت قاسية عليه نتيجة تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم فى ظلها العقد، دون أن يصل

---

(١) الدكتور سامى جمال الدين - الرقابة على أعمال الإدارة - الطبعة الأولى (١٩٨٢) - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ١٠٤.

(٢) الدكتور حسنى سعد عبدالواحد - تنفيذ الأحكام الإدارية - القاهرة - ١٩٨٤ - ص ٣٩.

(٣) أو عن المساعدة فى تنفيذ عقد رسمى لصالح أحد المتعاقدين.

(٤) يراجع فى تقسيمات العقود الدكتور السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ١٨٦ ومابعدها - بند ٤٦ ومابعده.
الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص ٤٥، ٤٦ - بند ١٩.
ALEX WELL et FRANCOIS TERRE, Droit Civil, Les obligations, Op. Cti., P.P. 46 et 47, No. 41.
وفى الفقه الاسلامى يراجع الدكتور خالد عبدالله عيد - أحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٣٨ ومابعدها - بند ٥٣ ومابعده.

به الأمر، فى الحالة الأولى، إلى أن تعاب إرادته بأحد عيوب الإرادة، ودون أن يصل به الحال، فى الحالة الثانية، إلى أن يكون أمام استحالة فى تنفيذ التزامه تساعده على طلب انفساخ العقد بقوة القانون، فتمتنع عن المساعدة فى تنفيذه.

لكن الصورة الغالبة التى تتدخل فيها الإدارة بقصد حماية الحرية التعاقدية تدخلا سلبيا بالإمتناع عن تقديم العون اللازم للمساعدة فى تنفيذ الأحكام تظهر أكثر فى عقود العمل وفى عقود الإيجار. ففى عقد العمل قد يتفق رب العمل مع العامل على شرط فصل العامل من العمل إذا فقد أو تلف شىء مما هو فى عهدته ولو كان ذلك بناء على حادث فجائى أو قوة قاهرة. فإن تحقق الشرط واستحصل رب العمل على حكم بفصل مجموعة من عماله استنادا إلى ذات الشرط، ولكن العمال احتجوا واعتصموا بمبانى المنشأة، فلجأ رب العمل إلى جهة الإدارة بغية مساعدته، عن طريق القوة العامة، فى تنفيذ حكم الفصل وإخراج العمال المعتصمين. لا تلتزم الإدارة بإجابة رب العمل إلى طلبه، بل لها، بناء على سلطتها التقديرية، أن تمتنع عن تقديم المساعدة المطلوبة إذا ما رأت أن الشرط الذى فصل العمال من العمل إستنادا إليه كان قد قبله العمال تحت الحاح العوز والحاجة والرغبة فى العمل مما دفع كلا منهم إلى التعاقد على العمل مع وجود هذا الشرط المجحف، الأمر الذى يجعل إرادة كل منهم فى حاجة إلى الحماية.

وفى عقد الإيجار جرى العمل على أن يدرج المتعاقدان فى عقدهما شرطا فاسخا صريحا(١)، بمقتضاه، يعتبر عقد الإيجار مفسوخا من تلقاء نفسه

---

(١) يتدرج هذا الشرط فى قوته، فيبدأ باشتراط أن يكون العقد مفسوخا، ثم يزداد قوة فيصير اشتراط أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ثم يزداد درجة فيكون اشتراط أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، ثم يصل الذروة باشتراط أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار. راجع السنهورى - الوسيط - مصادر الإلتزام - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ٩٨٢ ومابعدها - بند ٤٨٠ ومابعده.

وبقوة القانون، بدون حاجة إلى حكم، إذا ما تأخر المستأجر فى سداد الأجرة المستحقة فى مواعيدها. فإن تأخر المستأجر بالفعل عن سداد الأجرة المستحقة فى مواعيدها واستحصل المؤجر على حكم بتقرير انفساخ العقد وأراد تنفيذه، فاستعان بجهة الإدارة لمساعدته فى التنفيذ عن طريق القوة العامة. فلجهة الإدارة أن تمتنع عن هذا التنفيذ إستنادا إلى سلطتها التقديرية. فقد تراعى جهة الإدارة حالة المستأجر الذى قبل الشرط الفاسخ الصريح عند التعاقد، إذ قد تكون حاجته الملحة للسكنى واعتماده على ثقته فى نفسه وقدرته على الوفاء وراء قبوله لهذا الشرط.

فى هذه الصورة وأمثالها يمثل امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة لصالح أحد المتعاقدين، أو عن تنفيذ أحد العقود الرسمية، تدخلا من جانبها فى الرابطة العقدية(١). يترتب عليه تعديل مضمون هذه الرابطة لصالح أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر: لصالح الطرف الذى ترى الإدارة أن حريته التعاقدية فى حاجة إلى الرعاية بسبب ضعفها، وعلى حساب الطرف الذى تقدر الإدارة أن إرادته من القوة بحيث تملى شروط العقد التى ترسم مضمونه على الطرف الآخر، ويكون تدخل الإدارة، والحال كذلك، هادفا إلى حماية الحرية التعاقدية.

١٠٧ - وسلطة جهة الإدارة فى الإمتناع عن تنفيذ الحكم القضائى ليست محل إجماع فى الفقه. فهناك جانب من الفقهاء لايسلم بهذه السلطة للإدارة. فجيز JEZE، مثلا، يرى أن واجب رجال الإدارة فى المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية واجب وظيفى يقوم مستقلا عن أى شكليات أخرى، «فأعوان السلطة العامة التنفيذيون لايستطيعون، إذن، أن يرفضوا تقديم عونهم عندما يطلب هذا العون بصورة قانونية، (لأن) إختصاص أعوان السلطة العامة التنفيذيين هذا مقيد بصفة مطلقة» .... «فالقانون وضع على عاتق أعوان

---

(1) PAUL ESMEIN, Rapport sur la question de l`intervention de l`etat dans les contrats, travaux de l`association de HENRI CAPATANT, 1946, P. 126.

السلطة العامة التنفيذيين واجبا وظيفيا مقتضاه أن يحققو ولو بالقوة عند الإقتضاء، متى طلب الأطراف أصحاب الشأن ذلك، المراكز القانونية المؤكدة شرعا، وكذلك القرارات الصادرة من المحاكم المختصة. ومن هنا فإن إختصاص أعوان السلطة العامة القانونى مقيد إذ لايملكون أى حرية للتقدير»(١). ولذلك فإنه عندما يتقدم ذو الشأن بطلب لتنفيذ الحكم القضائى، يجب - عند JEZE - على رجال الإدارة المسارعة إلى تنفيذ هذا الحكم وإلا إعتبروا مقصرين فى آداء واجبهم الوظيفى بإعتبار أن المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية تخرج عن الإختصاص التقديرى للإدارة، وتدخل فى إختصاصها المقيد الذى لاتملك التنصل منه.

لكننا لا نوافق على هذا الرأى، ونرى، على العكس منه، أن اختصاص الإدارة فى تنفيذ الأحكام القضائية إختصاص تقديرى وليس مقيدا. وبيان ذلك أن الإدارة عليها التزام وظيفى أولى وأساسى بمنع حدوث إضطرابات فى المجتمع، وإلا إعتبرت مقصرة(٢) فى القيام بأهم وظائفها. فإن حدثت إضطرابات فى المجتمع وجب على الإدارة أن تتدخل وتوقفها(٣). ولها فى سبيل ذلك إتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لذلك، فإن لم تفعل تعرضت للمحاسبة(٤). وعلى ذلك فإن أى تصرف لجهة الإدارة يجب أن يكون فى ضوء

---

(1) JEZE, Principes de droit administratif, 2 eme edition, 1914, P. 164 et suir.

(2) LINO DI QUAL, La compitence liee, these de LILLE, L.G.D.J., 1964, P. 312.

(٣) حفاظا على الأمن والنظام العام، خاصة و «أن عبارة الأمن والنظام العام هى من العبارات الواسعة الدلالة والتى تشمل فيما تضمنه النظام النقدى والإئتمانى العام ومالية الدولة وبصفة عامة النشاط الإقتصادى والمالى للبلاد ... لايراد بالأمن أمن الأفراد وحدهم، كما لا يقصد بالنظام العام صيانته فى الشوارع. فمهمة السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية ليست مقصورة على تلافى أو قمع الإضطرابات التى تعرض حياة السكان للخطر، ولكن يتعين عليها أن تسهر على انتظام تموين الجيش والمدنيين بالسلع، وان تحمى النقد والإئتمان وأموال مجموع السكان»، وذلك نظرا «إلى التشابك الناتج بين المسائل ذات الصفة المالية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية والعسكرية من جانب، والأمن والنظام العام من الجانب الآخر» من بيان وزير المالية فى جلسة مجلس النواب بتاريخ ١٩٤١/٣/٤ - نقلا عن الدكتور السيد محمد مدنى - سالفة الذكر - ص ٢١٠.

(4) C.E. 23 Octobre 1959, Recueil des arrets du Conseil de Etat, P. 540.

هذا الواجب الأولى، وبالتالى، متفقا معه لا متعارضا وإياه. فتدخل الإدارة للمساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية يجب أن يتم فى ضوء إختصاصها الأولى والأساس بمنع حدوث إضطرابات فى المجتمع نتيجة التزامها بالمحافظة على النظام العام فإن رأت أن المساعدة فى تنفيذ هذا الحكم أو ذاك ستؤدى إلى إضطرابات خطيرة فى المجتمع لا يمكن القول بإجبارها على المساهمة فى تنفيذه بسبب هذه المخاطر. ومن ثم، فإننا نرى أن مساهمة الإدارة فى تنفيذ الأحكام القضائية مما يدخل فى سلطتها التقديرية، خصوصا إذا أخذنا فى الإعتبار مايقول به بعض الفقهاء من أن الإختصاص لايكون مقيدا إلا بنصوص فى القانون أو بمبادىء قررها القضاء(١). وبالتالى، فإنها تستطيع أن تجعل من هذا التدخل ومن الإمتناع عن التدخل وسيلة لحماية الحرية التعاقدية للأفراد.

هذا عن موقف الفقه، أما مجلس الدولة الفرنسى فقد تبنى فى أكثر من مناسبة القول بإختصاص الإدارة التقديرى إذاء المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية. ففى أكثر من مرة يقول المجلس بشرعية رفض جهة الإدارة تقديم المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية عندما يكون من المحتمل أن يؤدى هذا التنفيذ إلى زعزعة النظام العام(٢).

وقد قنن المشرع الفرنسى ماجرى عليه قضاء مجلس الدولة هناك فى هذا الشأن وإن لم يجعل ذلك قاعدة عامة. ففى حالات معينة رأى المشرع الفرنسى أن لوقف التنفيذ فيها مايبرره، فنص على ضرورة هذا الوقف. فعلى سبيل المثال، تقضى المادة الأولى من قانون أول ديسمبر ١٩٥١ بأن تتوقف كل الإخلاءات من السكن التى لم تنفذ حتى أول ديسمبر من كل سنة حتى الخامس عشر من مارس من السنة التالية(٣). وكذلك، يقضى قانون ١٧ ابريل

---

(1) LINO DI QUAL, La competence liee, These Op. Cit., P. 13.
(2) C.E., 22 Janvaire 1943 Braut, R., 19, Aussi C.E. 23 Mars 1945, Epaux de Richemont, R., aussi C.E., 16 Avril 1946. S.A. des logements ecomoniques, R. 117.
(3) LINO DI QUAL, La competence liee, These Op. Cit., P. 340.

١٩٥٧ بأنه لايمكن تنفيذ الأحكام الصادرة بالإخلاء ضد العسكريين الذين ينتمون إلى وحدة تعمل فى شمال أفريقيا أو ضد أحد أفراد أسرهم، طوال فترة وجودهم فى شمال غرب أفريقيا ولمدة الستة شهور التى تعقب ذلك(١). وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى رفض الإدارة المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضاية إستنادا إلى هذين القانونين، عملا مشروعا(٢).

وعلى نفس المسلك سار القضاء الإدارى المصرى، فالمحكمة الإدارية العليا تجيز للإدارة أن ترفض تنفيذ الأحكام القضائية النهائية التى ترى أنه يترتب على تنفيذها الإخلال بالأمن أو تعطيل سير المرافق العامة. ففى قضية تتلخص وقائها فى أن أحد الأشخاص استأجر عقارا ليكون مدرسة ثم أخل بشروط عقد الإيجار مما دفع المالك إلى أن يستحصل على حكم بإخلاء العين المؤجرة نتيجة لهذا الإخلال، ولتفادى هذا الإخلاء أصدر وزير التربية والتعليم قرارا بالإستيلاء على هذا العقار. طعن المالك فى هذا القرار أمام محكمة القضاء الإدارى التى رفضت الطعن إستنادا إلى أن القرار المطعون فيه صدر طبقا للقانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٧، الذى يخول وزير المعارف سلطة الإستيلاء على العقارات اللازمة للوزارة ومعاهد التعليم. طعن المالك على هذا القضاء أمام المحكمة الإدارية العليا. وأسس طعنه على أن قرار الإستيلاء على العقار موضوع النزاع صدر لتعطيل تنفيذ حكم الإخلاء النهائى الذى حاز قوة الشىء المحكوم فيه وهو ما لايجوز قانونا. ولما نظرت المحكمة الإدارية العليا هذا الطعن انتهت إلى أنه «ولئن كان لايجوز للقرار الإدارى فى الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائى وإلا كان مخالفا للقانون، إلا إذا كان يترتب على تنفيذه فورا إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه، كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام. فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردى الخاص»(٣).

---

(1) LINO DI QUAL, La competence liee, Op. Cit., P. 340.

(٢) كقراره الصادر فى العاشر من فبراير ١٩٦١ فى قضية وزارة الداخلية ضد رفاق شاوس، وقراره الصادر فى ١٩ ابريل ١٩٦١ فى قضية وزارة الداخلية ضد ليسكو.
LINO DI QUAL, Le competeenc liee, Op. Cit., P. 340.

(٣) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا - السنة الرابعة - العدد الأول - ص ٥٣٢ فى القضية رقم ٧٢٤ لسنة ٣ القضائية - جلسة ١٩٥٩/١/١٠.

وقد رددت المحكمة الإدارية العليا نفس المبدأ(١).

خلاصة القول، أن الإدارة تعد، بامتناعها عن تقديم يد العون للمساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية، متدخلة فى الرابطة العقدية التى تربط طرفيها. وهذا التدخل يؤدى إلى تطويع هذه الرابطة بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية التى تعاصر التنفيذ والتى تختلف، بالفرض، عن تلك التى عاصرت ابرام العقد. لكن إذا كان الإمتناع عن المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية تهدف من ورائه جهة الإدارة إلى حماية الحرية التعاقدية، إلا أن ظروفا أخرى قد تقود إليه، كما فى الحالات التى واجهها قانونا أول ديسمبر ١٩٥١ و ١٧ ابريل ١٩٥٧ فى فرنسا. لكن يظل الهدف فى كل الأحوال هو تطويع الرابطة العقدية لتتلاءم مع الظروف الإقتصادية الجديدة.

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا بجلسة ١٩٦١/١٢/٢٢ فى القضية رقم ٢٢٤ لسنة ٤ الإجتماعية - مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا - السنة السابعة - ص ١١٢.

المبحث الثانى

تدخل الإدارة فى بعض العقود

١٠٨ - تعرضنا، فى المبحث السابق، لتعديل مضمون الرابطة العقدية بواسطة تدخل الإدارة تدخلا سلبيا متمثلا فى امتناعها عن تقديم العون اللازم لتنفيذ بعض الأحكام القضائية الصادرة فى مسائل العقود حينما ترى أن حرية أحد المتعاقدين التعاقدية تحتاج إلى بعض الحماية نتيجة لضعفها حيال الشروط التى يفرضها المتعاقد الآخر.

وكما يتسم التدخل السالف لجهة الإدارة بالسلبية، فإنه يتسم أيضا بالعمومية، بمعنى أنه متصور فى كل العقود. فيكفى فيه، أن ترى الإدارة - عندما يطلب منها تنفيذ حكم ما صادر فى منازعة تعاقدية - أن الحرية التعاقدية لاحد الطرفين كانت تحتاج إلى بعض الحماية عندما دخلت فى الرابطة العقدية، لتستند إلى سلطتها التقديرية وتمتنع عن تقديم يد العون للمساعدة فى تنفيذه.

أما فى هذا المبحث فإننا بصدد دراسة تفريدية لتدخل الإدارة فى الرابطة العقدية. أى أننا سوف نتولى دراسة بعض العقود، كل على حدة، لنرى كيف أن الإدارة تعمل على حماية الحرية التعاقدية للأفراد، فى كل واحد من هذه العقود، الأمر الذى يترتب عليه تعديل فى مضمون العقد، ليختلف هذا المضمون عن ذلك الذى كان متفقا عليه وقت إنشاء الرابطة العقدية، من بعض الجوانب.

والعقود التى تتدخل فيها الإدارة متعددة، ولكننا سوف نختار النموذجين البارزين منها واللذين يتكرر فيهما تدخل جهة الإدارة وهما عقد العمل وعقد الإيجار، لنتطرق لكل منهما فى مطلب، على النحو التالى:-

المطلب الأول : تدخل الإدارة فى عقد العمل.

المطلب الثانى : تدخل الإدارة فى عقد الإيجار.

المطلب الأول

تدخل الإدارة فى عقد العمل

١٠٩ - يعتبر عقد العمل من العقود البارزة عند بيان كيفية تدخل الإدارة(١) بقصد تعديل مضمون الرابطة العقدية حماية لحرية أحد المتعاقدين فى مواجهة المتعاقد الآخر، وإن كانت حالات تدخل الإدارة فى تنفيذ عقد العمل أقل عددا وأهمية من حالات تدخلها فى تكوينه(٢).

ولبيان تدخل الإدارة فى عقد العمل سوف نتطرق لرقابتها على لائحة المنشأة، ولدورها فى تقدير تعويض ما اتلفه العامل من أشياء رب العمل، وفى الأخير، لدورها فى إزالة أسباب مخاطر العمل، وذلك على النحو التالى:-

١١٠ - أولا: تدخل الإدارة فى عقد العمل عن طريق رقابتها للائحة المنشأة:-

تنص المادة ٥٩ من قانون العمل المصرى رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، على أن «على صاحب العمل فى حالة استخدام خمسة عمال فأكثر أن يضع فى مكان ظاهر لائحة تنظيم العمل والجزاءات التأديبية موضحا بها قواعد تنظيم العمل والجزاءات التأديبية مصدقا عليها من الجهة الإدارية المختصة .....». وتنص المادة ١٢٢-٣٣ ق من قانون العمل الفرنسى على أن «يعد إنشاء لائحة داخلية فى المنشآت أو المؤسسات الصناعية أو التجارية أو الزراعية، والمؤسسات العمومية ذات الصفة الصناعية والتجارية، والمؤسسات العمومية والوزارية والمهن الحرة والشركات المدنية والنقابات المهنية وشركات التضامن ومنظمات الضمان الإجتماعى، باستثناء تلك التى لها خصيصة المؤسسة العامة الإدارية، والجمعيات وكل منظمات القانون الخاص أيا كان شكلها وموضوعها، الزاميا حين تستخدم عشرين عاملا فأكثر».

---

(١) بل ومن أول العقود التى تدخلت فيها الإدارة
JACQUES CHEVALLIR et DANIEL LOSCHAK, L`administration comme organisation et systeme d`action, Op. Cit., P.P. 496 et 497, No. 1028.

(٢) والأمثلة على تدخل الإدارة فى تكوين الرابطة العقدية متعددة فى عقد العمل، نذكر منها إذن عمل الأجانب وتشغيل الأحداث وعمل النساء والزام المؤسسات بتشغيل نسبة من المعوقين ...الخ.

ومفهوم هذين النصين الزام رب العمل، بشروط معينة، بأن يسن لمنشأته لائحة داخلية. فما المقصود بهذه اللائحة؟ وماهو تكيفها القانونى؟ وكيف تتدخل الإدارة عن طريقها لحماية الحرية التعاقدية؟

تعرف لائحة المنشأة بأنها «وثيقة رب العمل المحددة، بالنسبة لمجموع أشخاص المنشأة أو المؤسسة أو المشغل، للأحكام المتعلقة بالتأديب، وساعات العمل، وبالصحة والسلامة، وبجزاءات خرق هذه الأحكام، وأحيانا الأحكام المتعلقة بالأجر، وبالتشغيل والفصل[١]»، فهى «وثيقة مكتوبة تتضمن، من ناحية قواعد تنظيم العمل فى المنشأة، كمواعيد بدء العمل والفراغ منه، والجزاءات التى توقع على العامل لمخالفتها، ومن ناحية أخرى، تفصيلات تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، كميعاد دفع الأجور، وتحديد مكافأة نهاية الخدمة [٢]».

وقد أثار تحديد الطبيعة القانونية للائحة المنشأة خلافا فى الفقه. فذهب أنصار القانون العام إلى القول بأن لائحة المنشأة هى بمثابة تشريع[٣] داخلى للمنشأة تنطبق أحكامه على العمال كما تنطبق على رب العمل الذى

---

(1) Vocabulaire juridique (Publie sous l`egide de l`association de HENRI - CAPITANT, direction GERARD CORNU) Pairs, P.U.F. 1987, V . Regelement, 1 Cite par DOMINIQUE CHELLE et XAUIER PRETOT, le controle administratif du reglement interieur de l`entreprise, A.J.D.A., 1989, 4, Doctrine, P.203.

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى - عقد العمل فى القانون المصرى - القاهرة ١٩٥٦ - ص ٤٤٩ - بند ١٧٧. وكذلك قانون العمل - الطبعة الثالثة (١٩٨٣ - مطبعة جامعة القاهرة - ص ١٢٥ - بند ٧٠.

(٣) الدكتور جلال العدوى - قانون العمل - منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ١٩٦٨ - بند ٢٠٥ - ص ٢٢٩.

وكذلك المراجع التى أشار إليها الدكتور جمال الدين زكى - قانون العمل - المرجع السابق - ص ١٢٥ - بند ٠٧.

سنه. وهو تشريع له قوة الزامية ذاتية نابعة من قانون الدولة الذى الزم رب العمل بسنه(١). واستنادا إلى هذا الرأى قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن العامل الذى يعلق عقده بسبب البطالة يظل، على الرغم من ذلك، خاضعا لسلطة رب العمل التأديبية، كلما وجد فى مكان العمل(٢). كما قضى بأنه، باستثناء البنود المتعلقة بطبيعة وتدرج الجزاءات وتلك الخاصة بالإجراء التأديبى، يمكن تطبيق لائحة المنشأة ليس فقط على العاملين وإنما، أيضا، على كل الأشخاص الذين يقومون بعمل فى المؤسسات سواء أكانوا مرتبطين بعقد عمل مع رب العمل أم لا(٣).

لكن فى المقابل يذهب أنصار القانون الخاص إلى القول بالطبيعة العقدية للائحة المنشأة. فهى على حد تعبير بعض أنصار القانون الخاص «وثيقة تنظيمية خاصة تفرض على أحد طرفى عقد العمل وتندمج فى العقد(٤)». فهى «تعتبر اتفاقا بين صاحب العمل وكل عامل عنده، ملحقا بعقد العمل الذى يقوم بينهما ..... فنصوص لائحة العمل، وفقا لهذه الفكرة بمثابة بنود عقدية، اقترحها صاحب العمل، وقبلها العامل صراحة فى بعض الأحيان، وضمنا فى الكثير منها برضائه بالعمل، أو باستمراره فيه، مع علمه بفحوى نصوصها(٥)». ولذلك، فإنها تستمد قوتها الإلزامية من اندماجها فى عقد العمل. واستنادا إلى الفكرة العقدية للائحة العمل قررت محكمة النقض الفرنسية أن

---

(1) ANTOINE JEAM MAUD, Separation des pouvoirs et action en nulite de dispositions du reglement interieur, D. Soc., 1985, No. 6 (Juin), P. 480.

(2) C.E. 13 Novembre 1987, Ste Fonderier et acierier electriquer Feurs, D. Soc., 1988, No. 2, P. 191.

(3) C.E., 04 Mai 1988, S.A. Bopp« Dintzner, Wagner et Cie. A.J.D.A., 1989, 4., P. 211.

(4) GERARD LYON - CAEN, Du nouveau sur les reglemens interieur et la discipline dans l`entreprise, D. 1983, P. 7., No. 5.

(٥) الدكتور محمود جمال الدين زكى - عقد العمل فى القانون المصرى - المرجع السابق - ص ٤٥٠ - بند ١٧٨.

تعليق عقد العمل، وخصوصا فى حالة الإضراب، يجعل اللائحة غير ذات محل(١)، كما قررت، بصدد تعديلات أجراها رب العمل على لائحة المنشأة بعد إبرام عقد العمل مع العامل، أن الأمر يحتاج لموافقة صريحة من العامل حتى يمكن أن تسرى عليه التعديلات التى أجراها رب العمل(٢).

والحق أن لائحة العمل لاتخرج عن أن تكون تنظيما لعلاقات تنتمى لمجرد القانون الخاص،تنظيما لعلاقات رب العمل بالعامل(٣)، الأمر الذى ينأى بها عن أن تكون ذات طبيعة تنظيمية، وإنما هى ذات طبيعة تعاقدية. ولا يغير من وجهة النظر هذه كون القضاء الإدارى الفرنسى صار، بعد قانون ٤ أغسطس ١٩٨٢، يراقب قرارات مفتشى العمل من الناحية الشكلية ويحتفظ للقضاء العادى بالرقابة عليها من الناحية الموضوعية. فهذه الرقابة ناشئة عن إزدواجية القضاء فى فرنسا وفى البلدان التى سارت على نفس النهج وأنشأت محاكم إدارية تقف بجوار القضاء العادى. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن أحكام مجلس الدولة الفرنسى تنصب على قرارات مفتشى العمل، لا على لائحة المنشأة ذاتها.

وأيا ماكان الأمر بصدد تعريف وتكييف اللائحة الداخلية للمنشأة، فإن مايعنينا هنا هو الدور الذى يلعبه مفتشوا العمل فى الرقابة عليها، ومدى مساهمة هذا الدور فى حماية الحرية التعاقدية.

---

(1) Cass. Soc. 4 Juillet 1972, J.C.P. 1973, II, 17464.

(2) Cass. Soc. 1 er Mars 1972, D. Soc 1972, P. 540, Jurisprudence.

وعلى عكس نهج محكمة النقض الفرنسية ذهبت محكمة إستئناف باريس إلى أن القضاء العادى لا يختص بنظر القضايا المتعلقة بلائحة العمل الداخلية، الأمر الذى يفهم منه أنها تميل إلى رأى انصار القانون العام فى تحديد الطبيعة القانونية للائحة المنشأة.

Cour d`appel de Paris 21 Fevrier 1985, D. Sac 1985, No. 6, P. 483, et Suve.

(3) DOMINIQUE CHELLE et XAVLER PRETAT, Le controle admimistratif du reglement interieur de l`entreprise, Op. Cit., P. 220.

تلزم المادة ١٢٢-٣٦ (ق) من قانون العمل الفرنسى رب العمل بأن يخطر مفتشى الشغل بنسخة من اللائحة الداخلية للمؤسسة، بعد سنها واستيفاء الإجراءات القانونية المتطلبة لذلك(١)، ليرى مفتشى الشغل مدى اتفاقها مع القوانين واللوائح السارية. فمفتش الشغل يمارس على لائحة المنشأة رقابته بعد أن يعلمه بها رب العمل. لكن رقابة مفتش الشغل على اللائحة الداخلية للمنشأة لاتقتصر على مناسبة اعلانه بها من طرف رب العمل، وإنما هو يملك ممارسة الرقابة عليها عند إعلامه بنسخة من حكم محكمة الشغل الذى يستبعد، بمناسبة نزاع فردى معين، بندا من بنودها. بل هو يمارس رقابته على لائحة المنشأة فى كل وقت(٢)، على حد تعبير المادة ١٢٢-٣٧ (ق) نبذة أولى من قانون الشغل الفرنسى. فهذه الفقرة تجعل من مفتش الشغل قيما على المضمون الداخلى للائحة المنشأة، واستنادا إليها تتدخل الإدارة فى عقد العمل بإعتبار اللائحة من مكملاته(٣).

والرقابة على لائحة الشغل هى التى تمكن مفتش الشغل، بإعتباره من رجال الإدارة، من أن يحمى الحرية التعاقدية لمن يرغب فى الدخول فى رابطة عمل. فالعامل الذى قد تدفعه حاجته إلى أن يذعن لشروط رب العمل سيكون محميا من قسوة الشروط التى يمكن أن تدرج فى لائحة العمل لتسرى عليه

---

(١) تتمثل الإجراءات التى يجب على رب العمل اتباعها فى القانون الفرنسى عند وضعه للائحة الداخلية فى الشكليات التالية: **أولا:** يجب أن يكون رب العمل خاضعا فى هذه اللائحة لرأى مجلس المنشأة، أو، فى حالة عدم وجود مثل هذا المجلس، لرأى ممثلى العمال، أيضا يجب أن يخضع لرقابة مجلس الصحة والسلامة وظروف العمل فى خصوص كل مايدخل ضمن اختصاص هذا المجلس. **ثانيا:** يجب على رب العمل أن يودع هذه اللائحة سكرتارية كتابة ضبط محكمة الشغل. **ثالثا:** يجب على رب العمل أن يقوم، بعد ذلك، بلصق نسختين من هذه اللائحة فى كل من أماكن تنفيذ العمل والأماكن التى يتخذ فيها إجراءات تشغيل العمال. **رابعا:** ثم يجب عليه بعد ذلك، أن يخطر مفتش الشغل المختص بنسخة من اللائحة الداخلية بالصورة التى وافقت عليها بها هيئة ممثلى الأفراد.

(1) DOMINIQUE CHELLE et XAVIER PRETOT, le controle administratif du reglement interieur de l`entreprise, Op. Cit., P. 205.

(3) DOMINIQUE CHELLE et XAVIER PRETOT, Op. Cit., P. 205.

بإعتبار اللائحة مكملة لعقد العمل، لو لم يراقبها مفتش الشغل من خلال مراقبته للائحة الشغل. فمفتش الشغل سيطلب من رب العمل وقف أو تعديل أى شرط يرى أنه غير قانونى(١) ويمس الحرية التعاقدية للعامل، أو يكون مجحفا بحقوقه.

وتتم رقابة مفتش الشغل على لائحة المنشأة بواسطة قرارات إدارية، غالبا ماتكون إيجابية، ولكنها تكون، فى بعض الأحيان، سلبية، كما لو التزم الصمت إزاء شكوى العمال من بعض بنود لائحة مؤسسة معينة(٢).

ويؤكد هذه الحماية للحرية التعاقدية ويزيد من فاعليتها، فى فرنسا، أن قانون الشغل الفرنسى ترك للإدارة سلطة واسعة للتدخل فى اللائحة الداخلية. فنصوص هذا القانون كرست، لصالح الإدارة فى رقابة هذه اللائحة:-

- فمن ناحية أعطت لمفتش الشغل إمكانية طلب وقف أو تعديل بعض شروط اللائحة، وفى أى وقت(٣).

- ووسعت، من ناحية ثانية، نطاق تطبيق الرقابة بصفة ملحوظة. فلم تجعل هذه الرقابة قاصرة على ضمان اتفاق اللائحة الداخلية مع القوانين والنظم السارية، وإنما جعلتها تمتد لتسهر على احترام مجموع القواعد والشروط التى تحكم نطاق وفحوى هذه اللائحة.

- ومدت، من ناحية ثالثة، نطاق رقابة جهة الإدارة لتشمل، إضافة

---

(1) LINO DI QUAL, Le competence lice, Op. Cit., P. 227.
(2) DOMINIQUE CHELLE et XAVIER PRETOT, Op. Cit., P.206.
(3) DOMINIQUE CHELLE et XAVIER PRETOT, Op. Cit., P. 205.

إلى اللائحة الداخلية، المذكرات والوثائق الأخرى التى تحوى أحكاما عامة ودائمة، مادامت تتعرض لموضوعات تخص، فى العادة، اللائحة الداخلية(١).

- ولم تلزم، رابعا، مفتشى الشغل بأن يتبعوا تدرجا أو تسلسلا معينا فى طلباتهم من رب العمل بشأن لائحة الشغل، وإنما أعطتهم الحرية فى أن يختاروا، حسب الظروف، أيا من طلبى تعديل أو وقف مايرونه يحتاج لهذا الوقف أو ذاك التعديل(٢).

وفى القانون المصرى تراقب جهة الإدارة اللائحة الداخلية، و «لاتقتصر هذه الرقابة على مجرد التحقق من عدم مخالفة قواعد التأديب التى تضمنها قانون العمل والقرار الوزارى الذى أحال إليه، وإنما تمتد إلى مراقبة عدم تعسف صاحب العمل فى تحديده للمخالفات التأديبية والجزاءات التى توقع عليها»(٣).

١١١ - ثانيا: تدخل الإدارة فى عقد العمل عن طريق توجيهاتها بشأن تعويض رب العمل عما يتلفه العامل:-

تنص المادة ٧٧ من قانون العمل المصرى رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أن «تشكل لجان استشارية مشتركة فى المنشآت التى تستخدم خمسين عاملا فأكثر تتكون من ستة أعضاء نصفهم يمثلون المنشآت والنصف الآخر يمثلون العمال ....» وهى لجان تعد، بعد تكوينها، ممثلة لجهة الإدارة، إن لم نقل أنها تعد جزءا منها.

---

(1) DOMINIQUE CHELLE et XAVIER PRETOT, Op. Cit., P. 207.
(2) DOMINIQUE CHELLE et XAVIER PRETOT, Op. Cit., P. 209.
(٣) الدكتور جلال العدوى - قانون العمل - المرجع السابق - ص ٢٣٦ - بند ٢١٨.
الدكتور حمدى عبدالرحمن - قانون العمل - طبعة ١٩٩٣ - ص ٢٤.

وقد خول القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، فى المادة ٧٨ منه، هذه اللجان سلطة إصدار التوجيهات اللازمة لـ «تقدير المبالغ اللازمة لإصلاح ما أتلفه العامل طبقا للمادة ٦٨» من نفس القانون.

وقد اكتسبت التوجيهات التى تصدرها هذه اللجان قوة الزام لطرفى رابطة العمل، بحيث أصبح كل من العامل ورب العمل يلتزم بتنفيذها، فى شأن تقدير تعويض مايتلفه العامل من معدات وأدوات فى منشأة رب العمل. وسبب قوة الإلزام هذه هو تكرار صدور هذه التوجيهات من اللجان المذكورة.

مجمل القول، أن الإدارة، ممثلة فى هذه اللجان، تتدخل فى الرابطة العقدية لتعدل فيها الشروط المتعلقة بكيفية تعويض رب العمل عما يتلفه العامل أثناء سريان رابطة العمل وبالتالى، يتعدل مضمون الرابطة العقدية بكامله، تقديرا من الإدارة لأن العامل لايكون حرا فى تقبل شروط العقد عند إبرامه، ولم يكن يتوقع آنئذ - حسب تقديره - أى تغيير فى الظروف الإقتصادية، فإذ بهذا التغيير يحدث، ويترتب عليه ارتفاع فى قيمة الأشياء المسلمة للعامل كعهدة، والتى تتلف كلها أو بعضها فيكون التالف محلا لتعويض يرهق العامل، وهو مايخفف منه - فى هذا الخصوص - دور اللجان المشار إليها.

١١٢ - ثالثا: تدخل الادارة فى عقد العمل عن طريق إزالة أسباب مخاطر العمل:

من الإلتزامات التى تقع على عاتق رب العمل أن يهىء الظروف الملائمة ليؤدى العامل عمله فى ظلها(١). ولكن مدى هذه الملاءمة يتدرج من أعلى درجات الرفاهة كقيام العامل بعمله فى ظل هواء نقى يتجدد عن طريق مكيفات الهواء، إلى أصعب الظروف، كأن يؤدى العامل عمله تحت سقف مهدد

---

(١) وهو التزام يقوم على عاتقه ولو لم ينص عليه عقد العمل، لأن عقد العمل، شأنه فى ذلك شأن كل العقود، لايقتصر على الزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام، على حد تعبير المادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٣٥ من القانون المدنى الفرنسى.

بالسقوط أو يؤديه بين كابلات كهربائية عارية، ويأخذ بين هذه وتلك درجات متفاوتة. وقد يقبل العامل العمل فى ظروف حسنة أو نحو ذلك ولكن تتغير الظروف التى ابرم فى ظلها عقد العمل وتسوء ظروف آداء العمل ولايستطيع العامل - نتيجة لحاجته للعمل وخشية من غضب رب العمل عليه وفصله من عمله - أن يطالب بتحسين هذه الظروف، ويستمر فى أداء العمل فى ظروف غير مواتية.

هنا، يأتى دور الإدارة مقدرة ضعف العامل، وعاملة على حماية الحرية التعاقدية، التى لا تقوم حال كون أحد المتعاقدين قويا والآخر ضعيفا، فتتدخل طبقا لنص المادة ١٢٠ من قانون العمل، فى فقرتها الأخيرة لتقوم «بإزالة أسباب الخطر بطريق التنفيذ المباشر على نفقة المنشأة»، وتطوع بهذه الطريقة عقد العمل الذى ابرم بين العامل ورب العمل فى ظروف تختلف عن الظروف التى تدخلت فيها الإدارة، أى أن ظروف آداء العمل وقت ابرام العقد كانت ملائمة، ولكنها أصبحت، أثناء تنفيذه، غير ملائمة، وإن كان العامل لضعف حريته الناشئة عن حاجته للعمل لا يستطيع أن يطالب بتحسين هذه الظروف. فتتدخل الإدارة المختصة بالتفتيش على أماكن العمل لتحسن من هذه الظروف بإزالة أسباب الخطر. وبهذه الطريقة تعدل جهة الإدارة مضمون الرابطة العقدية.

المطلب الثانى

تدخل الإدارة فى عقد الايجار

١١٣ - وإذا ماتركنا عقد العمل وانتقلنا إلى عقد الإيجار فإننا نجد أن دور الإدارة فيه لايقل أهمية عن دورها فى عقد العمل. ففى عقد الإيجار تتدخل الإدارة بقصد حماية الحرية التعاقدية، يستوى فى ذلك أن يتعلق الأمر بعقد إيجار الأماكن أو بعقد إيجار الأراضى الزراعية.

١١٤ - أولا: تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأماكن:-

تتعدد صور تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأماكن بغية حماية الحرية التعاقدية. ومن أهم صور هذا التدخل مانصت عليه المادتان ١٢، ١٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر(١)، من إسناد تحديد الأجرة إلى لجان تنشأ لهذا الغرض، ومانصت عليه المادة ٢٨ من نفس القانون من توكيل الجهة الإدارية فى إعادة الحق أو الميزة الذى (التى) يحرم منه (منها) المستأجر أثناء تنفيذ العقد، وماجاء بنص المادة ٦٥ من ذات القانون الخاصة بكيفية مواجهة الخطر الداهم على السكان.

١ - تدخل الإدارة فى تحديد القيمة الايجارية:-

بعد أن وضع المشرع قواعد تحديد الأجرة فى إيجار الأماكن، تراءى له أن المستأجر قد يقبل التعاقد بأجرة تزيد عن الأجرة الفعلية للعين محل عقد الإيجار. ويكون ذلك بسبب انعدام حرية الإختيار لديه بفعل حاجته للسكن وقلة الأماكن المعروضة للإيجار. لذلك أجاز المشرع لجهة الإدارة -

---

(١) وهو مازال سارى المفعول على بعض الأماكن، على الرغم من صدور القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

وهى هنا لجان تحديد القيمة الإيجارية المنصوص عليها فى المادة ١٢ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف الذكر - «أن تقوم بالتقدير من تلقاء نفسها» على حد تعبير المادة ١٣ منه. وهذا الذى نصت عليه المادة ١٣ يعد تدخلا من جانب جهة الإدارة فى رابطة عقد إيجار الأماكن، قصد من ورائه حماية الحرية التعاقدية للمستأجر الذى يقبل - بغير إرادة حقيقية سليمة - أجرة للعين المؤجرة تزيد على الأجرة الفعلية لها.

٢ - تدخل الإدارة عن طريق قيامها بتنفيذ التزام المؤجر بعدم حرمان المستأجر من أى حق أو ميزة إيجارية:

يلتزم المؤجر بأن يمكن المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة على الوجه المتفق عليه، أو على الوجه الذى يحدده القانون، أو على النحو الذى يجرى به العرف. ويلتزم، أيضا، بأن يظل ضامنا لهذا الإنتفاع. فإذا حدث ووجدت ظروف ترتب عليها حرمان المستأجر من ميزة من الميزات التى يخولها له حق الإجارة، على النحو السالف، وجب على المؤجر التدخل من أجل إعادة الأمور إلى نصابها وتمكين المستأجر من الإنتفاع بما يخوله له حق الإجارة من ميزات. أى يجب على المؤجر أن يعيد إلى المستأجر الميزة التى حرم منها.

ولتسهيل الأمر على المستأجر، باعتباره الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية والذى تحتاج حريته، دائما، للحماية، أجاز المشرع للإدارة أن تقوم بتقديم هذا الحق أو هذه الميزة له، على أن تستوفى نفقات تكلفة ذلك العمل من المؤجر. فطبقا للمادة ٢/٢٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ «يجوز للجهة التى تحدد بقرار من المحافظ القيام بتنفيذ الأعمال اللازمة لإعادة الحق أو الميزة التى الزم بها المالك بموجب الحكم الصادر فى هذا الشأن، وذلك على نفقة المالك، على أن تقتضى النفقات منه بالطريق الإدارى»(١). فالإدارة تتدخل، هنا، فى

---

(١) وتقضى هذه المادة، فى فقرتها الأولى بأنه «لايجوز حرمان المستأجر من أى حق من حقوقه، أو منعه من أية ميزة ينتفع بها».

الرابطة العقدية بقصد حماية الطرف الضعيف فيها، وهو المستأجر، لأن حرية الإختيار لديه كانت محدودة، نظرا لحاجته إلى السكن وقلة المعروض منه فى السوق.

٣ - تدخل الإدارة عن طريق مواجهة حالة الخطر الداهم:-

تنص المادة ٦٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه «يجوز للجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم فى أحوال الخطر الداهم إخلاء البناء وكذلك المبانى المجاورة، عند الضرورة، من السكان بالطريق الإدارى، واتخاذ ماتراه لازما من الإحتياطات والتدابير فى مدة لاتقل عن أسبوع، إلا فى حالة تهديد البناء بالإنهيار العاجل فيكون لها فى هذه الحالة الحق فى إخلائه فورا».

وعلى ذلك، لو كان البناء مؤجرا - وهو الوضع الغالب للمبانى - فإن الإدارة، بتدخلها هذا، تقوم بتعديل عقد الإيجار بإتخاذ الإجراءات اللازمة لتحسين آداء المؤجر بإجباره على ترميم وتحسين وتزيين المكان المؤجر، خوفا من إخلائه ووقف سريان عقود الإيجار وحرمانه من الأجرة، وذلك كله فى صالح المستأجر الذى يعد - إلى حد بعيد - الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية، الذى تحتاج إرادته إلى الحماية.

١١٤ - ثانيا: تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأراضى الزراعية:

تؤجر الأرض الزراعية، أحيانا، بقصد زراعتها محصولا معينا. وقد يكون ذلك بناء على اشتراك المالك، رغبة منه فى المحافظة على خصوبة ملكه بزراعة محصول لا يرهقها، كأن يشترط أن تزرع الأرض دائما بالخضروات والبطيخ، مثلا. ويقبل المستأجر هذا الشرط مدفوعا بحاجته إلى قطعة أرض زراعية تشغله وأسرته عن البطالة وتكون مورد رزق لهم. وفى هذه الفرضية لايمكن القول بأن إرادة المستأجر حرة مائة فى المائة. بل أن الحاجة وقلة المعروض من الأرض للإيجار حدت من حريته، الأمر الذى دفعه إلى الرضوخ لشرط المالك.

هنا قد تتدخل الإدارة من أجل تعديل الشرط المدرج فى العقد بتغيير نوعية المحصولات المتفق بين المؤجر والمستأجر على زراعتها، ويكون تدخلها عن طريق مايعرف بالدورة الزراعية الإجبارية. فطبقا للمادة الأولى من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦، بإصدار قانون الزراعة فإن لوزير الزراعة، طبقا للسياسة العامة التى تقررها الدولة، أن يحدد مناطق لزراعة حاصلات زراعية معينة وأن يحظر زراعة حاصلات فى مناطق معينة. فإذا حظر وزير الزراعة زراعة المحصول المتفق عليه فى المنطقة الكائنة بها الأرض محل عقد الإيجار المذكور عاليه، أو فرض زراعة محصول غير المتفق عليه فيها، يكون بذلك قد تدخل فى الرابطة العقدية القائمة بين المؤجر والمستأجر، وعدل فى مضمونها تعديلا قد يكون فى مصلحة المستأجر إذا كان الأخير يرغب فى زراعة الأرض المؤجرة بهذا المحصول منذ لحظة إبرام العقد، وإن كان الشرط الوارد فى العقد، بناء على رغبة المالك، قد حال بينه وبين تحقيق هذه الرغبة.

الفصل الثانى

تدخل الإدارة من أجل إعادة التوازن العقدى

١١٥ - كما أشرنا آنفا، فإن دور الإدارة لايقتصر على حماية الحرية التعاقدية للأفراد، بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية أو بمحاولات علاج مايترتب على إختلال فكرة الحرية التعاقدية من نتائج، وإنما يمتد ليشمل، أيضا، إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية إذا ما اختل هذا التوازن بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها. وتدخل جهة الإدارة هنا يتميز بأنه موجه أساسا نحو القضاء على عوامل الصراع بين المصلحة الذاتية ومقتضيات العدالة التى تهتز بعنف فى أحيان كثيرة، نتيجة للتقلبات الإقتصادية.

وقد يتمثل تدخل الإدارة من أجل إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية فى إمتناع الإدارة عن المساعدة فى تنفيذ حكم قضائى، كما قد يتمثل فى تدخل تفريدى فى بعض العقود.

وامتناع الإدارة عن المساعدة فى تنفيذ حكم قضائى بهدف إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، لايختلف عن إمتناعها عن تنفيذ حكم قضائى قصد حماية الحرية التعاقدية. لذلك فإننا لن نفرد دراسة خاصة لامتناع الإدارة عن المساعدة فى تنفيذ حكم قضائى بقصد إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، وإنما نكتفى بالإحالة إلى ماجاء فى المبحث الأول من الفصل السالف. وعليه سيكون بحثنا هنا مقصورا على التدخلات التفريدية لجهة الإدارة فى بعض العقود، بغية إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، إذا ما إختل هذا التوازن بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها.

ويغلب على بعض العقود التى تتدخل فيها جهة الإدارة قصد إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية الطابع الإجتماعى، فى حين يغلب على البعض الآخر الطابع الإقتصادى. وهذا يقتضى منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين

يخصص الأول لتدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإجتماعى، فى حين يخصص الثانى لتدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإقتصادى، وذلك على النحو الآتى:

المبحث الأول : تدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإجتماعى من أجل إعادة التوازن العقدى.

المبحث الثانى : تدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإقتصادى من أجل إعادة التوازن العقدى.

المبحث الأول

تدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإجتماعى من أجل إعادة التوازن العقدى

١١٦ - يغلب الطابع الإجتماعى على عقود العمل، وإيجار الأماكن وإيجار الأراضى الزراعية. ولذلك فإننا سوف نتولى دراسة تدخل الإدارة فى هذه العقود على التفصيل التالى:

١١٧ - أولا: تدخل الإدارة فى عقد العمل من أجل إعادة التوازن العقدى:

نص قانون العمل المصرى رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ فى المادة ٦٢ والمادة ٧٧ على تشكيل نوعين من اللجان التى تتخذ، بعد تشكيلها، طابع الجهة الإدارية. وتقوم اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٧٧، من بين ماتقوم به من مهام، بتقدير المبالغ اللازمة لإصلاح ما أتلفه العامل طبقا للمادة ٦٨. وتنص المادة ٦٨ سالفة الذكر على أنه إذا تسبب العامل فى فقد أو إتلاف أو تدمير مهمات أو آلات أو منتجات يملكها صاحب العمل أو كانت فى عهدته وكان ذلك ناشئا عن خطأ العامل وجب أن يتحمل المبلغ اللازم نظير ذلك.

فاللجنة فى هذه الحالة يمكنها أن تتدخل فى الرابطة العقدية بين العامل ورب العمل إذا ما اتفق الأخير مع الأول على تقدير قيمة عهدة الأول بثمنها الفعلى، وحدث أن انخفضت قيمتها فيما بعد، لسبب أو لآخر. فإذا فقدت هذه العهدة أو تلفت كليا أو جزئيا، فالجهة الإدارية، فى هذه الحالة، ستقدر هذه العهدة بقيمتها الفعلية وقت التلف أو الهلاك وتعد بذلك متدخلة فى عقد العمل من أجل إعادة التوازن العقدى للرابطة العقدية.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المواد من ١١٥ وحتى ١١٧ من قانون العمل تلزم رب العمل بتأمين بيئة العمل التى يؤدى فيها العامل عمله. فإذا راعت منشأة العمل ذلك، لكن ترتب على تغير الظروف الإقتصادية إختلال فى هذا التأمين وتعرضت هذه البيئة لبعض المخاطر التزم رب العمل بإعادة الحال إلى ماكان عليه. وإن تخلف رب العمل عن ذلك، فإن الجهة الإدارية المختصة، طبقا لنص المادة ١٢٠ من قانون العمل، «تقوم بإزالة الخطر بطريق التنفيذ المباشر على نفقة المنشأة».

وهذا يعد تطبيقا لتدخل الإدارة فى رابطة عقد العمل بقصد إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية. فالفرض أن العقد أبرم فى ظروف طيبة لبيئة العمل. لكن تغيرت هذه الظروف وتعرضت بيئة العمل لمخاطر ميكانيكية أو طبيعية أو كيماوية أو حتى سلبية، فإن الإدارة تتدخل لإزالة أسباب هذه المخاطر، إن لم يقم رب العمل بذلك.

١١٨ - ثانيا : تدخل الإدارة فى عقد إيجار الأماكن من أجل إعادة التوازن العقدى :-

تنص المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر على أنه «لايجوز حرمان المستأجر من أى حق من حقوقه أو منعه من أى ميزة كان ينتفع بها.

ولقاضى الأمور المستعجلة أن يأذن للمستأجر فى هذه الحالة بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصما من الأجرة المستحقة وذلك بعد إنذار المؤجر بإعادتها إلى ماكانت عليه فى وقت مناسب.

ويجوز للجهة التى تحدد بقرار من المحافظ القيام بتنفيذ الأعمال اللازمة لإعادة الحق أو الميزة التى الزم بها المالك بموجب الحكم الصادر فى هذا الشأن، وذلك على نفقة المالك على أن تقتضى النفقات منه بالطريق الإدارى».

ويستفاد من هذا النص أن جهة الإدارة تتدخل لتطويع عقد الإيجار، إن تغيرت الظروف التى أبرم العقد فيها، بأن سلب من المستأجر حق أو ميزة من الحقوق أو الميزات التى ينص عليها العقد. فتقوم الإدارة بإعادة هذا الحق أو الميزة إلى المستأجر، إن استحصل الأخير على حكم قضائى بإلزام المالك بها، ولم يقم المالك بالتنفيذ.

وفضلا عما تقدم تنص المادة ٣٨ من القانون السابق على أن ملاك المبانى فى المناطق التى يصدر بها قرار من المحافظ بعد أخذ رأى الجهات القائمة على مرفق المياه يلتزمون بأن يقوموا بعمل الخزانات وتركيب الطلمبات اللازمة لتوفير المياه، وإذا امتنع المالك عن التنفيذ تقوم الجهة الإدارية بالتنفيذ. وهذا يعنى أن الإدارة تتدخل لتطويع عقد التأجير، إن

جدت ظروف بعد إبرام العقد تتمثل فى تدخل المحافظ بفرض التزامات على ملاك بعض المناطق، فتقوم هى بتنفيذ هذه الإلتزامات على حساب المؤجر، إن لم يقم الأخير بتنفيذها بنفسه.

١١٩ - ثالثا : تدخل الادارة فى عقد إيجار الأراضى الزراعية من أجل إعادة التوازن العقدى:

تنص المادة ٣٦ مكرر من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى، معدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، على أنه «إذا امتنع المؤجر عن إيداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة أو إذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار - وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة.

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من ينيبه المجلس فى ذلك أن يحيل الأمر إلى لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية، وعلى اللجنة أن تتحقق من قيام العلاقة الإيجارية ومن نوعها بكافة طرق الإثبات. فإذا ثبت لها قيام العلاقة الإيجارية أصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف الممتنع - وتسلم نسخة من هذا العقد إلى كل من طرفيه وتودع نسخة أخرى منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار اللجنة - ويكون هذا العقد ملزما للطرفين».

وهذا النص وإن كان يحكم حالة الإمتناع عن توقيع أو إيداع عقد الإيجار بكامله، إلا أنه يحكم - من باب أولى - حالة الإمتناع عن توقيع أو إيداع شرط أو بند اتفق عليه، فيما بعد إبرام عقد الإيجار، بين المالك والمستأجر، وأدرج فيه التزام على عاتق أحد الطرفين، صار فيما بعد مرهقا له بسبب تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم فى ظلها.

وإذا ماعرض أمر هذا البند على الجمعية التعاونية الزراعية فإنها ستحيله إلى لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية التى ستتحقق من قيامه ومن نوعه بكافة طرق الإثبات، ولكن مع مراعاة حكم الظروف الجديدة. فإذا ثبت لها قيام هذا البند أصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية بتحريره مطوعا

بحسب الظروف الجديدة، وتوقيعه نيابة عن الطرف الممتنع.

فالجمعية التعاونية الزراعية ولجنة الفصل فى المنازعات الزراعية تقوم، فى مثل هذه الحالة، بالتدخل فى الرابطة العقدية بهدف إعادة التوازن إلى هذه الرابطة، إن إختل هذا التوازن بسبب تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها.

المبحث الثانى

تدخل الإدارة فى العقود ذات الطابع الإقتصادى من أجل إعادة التوازن العقدى

١٢٠ - يغلب الطابع الإقتصادى على عقود نشر المؤلفات أو المصنفات الفنية، كما يغلب على، بعض البيوع وعلى عقد الشركة. ولذلك فإننا سوف نتولى دراسة تدخل الإدارة فى عقد النشر وفى عقد البيع وفى عقد الشركة، على النحو الآتى:

أولا : تدخل الإدارة فى عقد النشر بين ورثة المؤلف وبين الناشر من أجل إعادة التوازن العقدى:-

تنص المادة ٢٣ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون حماية حق المؤلف على أنه «إذا لم يباشر الورثة أو من يخلف المؤلف الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٨، ١٩، ورأى وزير الثقافة أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف فله أن يطلب إلى خلف المؤلف نشره بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. فإذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد إستصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الإبتدائية، ويعوض خلف المؤلف فى هذه الحالة تعويضا عادلا».

وعلى الرغم من أن حكمة هذا النص تتمثل فى أن «فى ترك المؤلفات القيمة مقبورة غير منشورة حرمانا لطلاب الثقافة من خيرها ونفعها[١]»، إلا أنه قد يؤدى وظيفة أخرى تتمثل فى تمكين جهة الإدارة (وزير الثقافة) من التدخل فى عقد النشر بين خلف المؤلف وبين الناشر، فيما لو ابرم بينهما عقد اتفق بمقتضاه على أن يبدأ نشر المؤلف بعد فترة معينة، قد تكون طويلة نسبيا[٢]، ثم تجد بعد هذا الإتفاق ظروف يقتضى الأمر، معها، أن يعجل

---

(١) على حد تعبير المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون حماية حق المؤلف.

(٢) عملا بحق المؤلف، الذى ينتقل إلى خلفه، فى تحديد تاريخ ميلاد عمله. لمزيد من التفصيل تراجع رسالة الدكتور عبدالرشيد مأمون شديد - الحق الأدبى للمؤلف - النظرية العامة وتطبيقاتها - دار النهضة العربية - ١٩٧٨ - ص ٢١٦ ومابعدها.

الناشر فى نشر المؤلف(١)، ويمانع الورثة فى ذلك. هنا تتدخل جهة الإدارة وتلزم الورثة بنشر المؤلف مع تعويضهم تعويضا عادلا.

ثانيا : تدخل الإدارة فى بعض البيوع من أجل إعادة التوازن العقدى:-

تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين على أنه «يجوز لوزير التموين لضمان تموين البلاد بالمواد الغذائية وغيرها من مواد الحاجيات الأولية وخدمات الصناعة والبناء ولتحقيق العدالة فى توزيعها أن يتخذ بقرارات يصدرها بموافقة لجنة التموين العليا كل أو بعض التدابير الآتية:-

١ - ....

٤ - تحديد أقصى صفقة يمكن التعامل بها بالنسبة للمواد المذكورة.

٥ - ....

٦ - تحديد الأسعار فيما يتعلق بالأصناف التى تستولى عليها وزارة التموين وتشرف على توزيعها بالإتفاق مع وزارة التجارة والصناعة».

وتضيف المادة الثانية من ذات القانون النص على أن «تلغى بحكم القانون العقود التى تكون قد ابرمت بشأن المواد المشار إليها فى المادة الأولى ولم تنفذ قبل اتخاذ التدابير الواردة فى تلك المادة.

ولايجوز المطالبة بأى تعويض نتيجة لهذا الإلغاء».

ومن هذين النصين نستخلص أن الإدارة (وزير التموين) خولت مكنة التدخل فى العقود المبرمة قبل صدور المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥، ولم تنفذ حتى ذلك التاريخ، بهدف إعمال قواعد النظام العام الخاصة بالتسعير

---

(١) والفرض أن للناشر مصلحة فى هذا التعجيل بعد الظروف الجديدة.

وبالحصص. لكن ذلك لايمنع جهة الإدارة (وزير التموين) من ممارسة مكنة التدخل فى هذه العقود بهدف إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية. فالفرض أن عقود بيع بعض السلع كان يتم، قبل المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥، بكامل رضا الطرفين سواء فيما يتعلق بالكمية المباعة أو فيما يتعلق بالسعر. ولو فرض وأدى تغير الظروف التى ابرمت فيها مثل هذه الصفقات إلى ضرر أصاب البائع أو أصاب المشترى، فإن جهة الإدارة، بعد العمل بالمرسوم بقانون المذكور، تستطيع أن تجرى تطويعا لعقد البيع يستفيد منه الطرف المضرور. فلو كان المضرور هو البائع انصب التطويع على تقليل الصفقة المباعة حتى لا يتحمل البائع إلا بأقل خسارة ممكنة. ولو كان المضرور هو المشترى، إنصب التطويع على السعر بتخفيضه حتى لايتحمل إلا بأقل خسارة ممكنة.

حقا، إن نص المادة الثانية من المرسوم بقانون المذكور قضى بإلغاء مثل هذه العقود. لكن ذلك لا يمنع جهة الإدارة من أن تمارس التطويع بدلا من الإلغاء، باعتبار أن الحكمة من هذا المرسوم هى تنظيم شئون التموين، وهى تتحقق بتحديد الحصص المسموح بها والأسعار الواجب البيع بها. هذا فضلا عن أن من يملك الأكثر يملك الأقل. فجهة الإدارة التى تملك الغاء العقود المبرمة قبل صدور المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ تملك تطويعها بدلا من الإلغاء.

ثالثا : تدخل الإدارة فى عقود الشركات من أجل إعادة التوازن العقدى:

تنص المادة ٢٥ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة على أنه «إذا دخل فى تكوين رأس مال شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم أو عند زيادة رأس المال حصص عينية مادية أو معنوية وجب على المؤسسين أو مجلس الإدارة بحسب الأحوال أن يطلبوا إلى الجهة الإدارية المختصة التحقق مما إذا كانت هذه الحصص قد قدرت تقديرا صحيحا.

وتختص بهذا التقدير لجنة تشكل بالجهة الإدارية المختصة برياسة

مستشار بإحدى الهيئات القضائية وعضوية أربعة على الأكثر من الخبراء فى التخصصات الإقتصادية والمحاسبية والقانونية والفنية تختارهم تلك الجهة. فإذا كانت الحصة العينية مملوكة للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو شركات القطاع العام تعين أن يضم إلى اللجنة ممثلون عن وزارة المالية وبنك الإستثمار القومى. وتقدم اللجنة تقريرها فى مدة أقصاها ستون يوما من تاريخ إحالة الأوراق إليها.

....

وإذا اتضح أن تقدير الحصة العينية يقل بأكثر من الخمس عن القيمة التى قدمت من أجلها، وجب على الشركة تخفيض رأس المال بما يعادل هذا النقص.

ويجوز مع ذلك لمقدم الحصة أن يؤدى الفرق نقدا، كما يجوز له أن ينسحب ولايجوز أن تمثل الحصص العينية غير أسهم أو حصص تم الوفاء بقيمتها كاملة».

فاستنادا لهذا النص تملك الجهة الإدارية أن تتدخل فى عقد الشركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم من أجل تطويعه بقصد إعادة التوازن إليه إن إختل هذا التوازن لصالح الشريك الذى يتقدم بحصة عينية فى رأس مال الشركة. فالفرض أن أحد الشركاء تقدم بنصيبه فى عقد الشركة بحصة عينية لحظة ابرام العقد، ثم فجأة تتغير الظروف الإقتصادية لسبب أو لآخر، مما تمسى معه هذه الحصة غير متناسبة مع القيمة التى قدمت من أجلها. وهنا تتدخل الجهة الإدارية لتقدير هذه الحصة بقيمتها الحقيقية وتخفيض نصيب الشريك ليصبح بحسب ما أصبحت عليه فى ظل التقييم الجديد، وإن كان يجوز لصاحب الحصة العينية أن يؤدى الفرق نقدا أو أن ينسحب من الشركة.

الباب الثالث

دور القاضى فى تطويع العقد

تمهيد وتقسيم:

١٢١ - أن الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات يتفرع عنه حصر وظيفة القاضى فى تطبيق القانون، وترك مهمة خلق القانون للمشرع، فالمجتمع والدستور يخولان مكنة إصدار القوانين للسلطة التشريعية دون السلطة القضائية.

هذا من الناحية الرسمية، لكن الأمور قد تتغير ويفقد القول السابق إطلاقه عندما ننظر إلى الأمور نظرة عملية واقعية. فسوف نجد، عندئذ، أن القاضى يقوم، بالإضافة إلى دوره فى تطبيق القانون، بإعطاء تفسير إجتماعى للقواعد القانونية التى يتولى تطبيقها، كما يقوم، أيضا، بخلق القواعد القانونية عن طريق إصدار أحكام لا تستند إلى المصادر الرسمية للقانون، من تشريع وعرف وغيرهما، بل وإصدار أحكام تخالف القواعد القانونية القائمة(١).

هذه الوظيفة التى تفرضها الحياة العملية على القاضى(٢)، عرفتها الأنظمة القانونية القديمة، قبل أن تفرض وجودها على الأنظمة القانونية الحديثة.

فعند الرومان:

كان البريتور الرومانى يصدر، عند توليه لوظيفته كقاض منشورا يضمنه القواعد التى يعتزم أن يسير عليها والتى يجب على الناس أن يحترمونها ولايخرجون عليها(٢).

---

(١) الدكتور نعمان محمد خليل جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الأول: نظرية القانون - بدون سنة طبع - دار النهضة العربية - ص ٢٤٦.

(٢) لأنه كما يقول الشهرستانى: «نعلم قطعا ويقينا أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لايقبل الحصر والعد، ونعلم قطعا أيضا أنه لم يرد فى كل حادثة نص، ولايتصور ذلك أيضا. والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية، ومالا يتناهى لا يضبطه مايتناهى، علم قطعا أن الإجتهاد والقياس واجب الإعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة إجتهاد»، كتاب الملل والنحل - للشهرستانى - خرجه محمد بن فتح الله بدران - الطبعة الأولى - مطبعة الأزهر - ص ٤٤٩، ٤٥٠.

(٢) الدكتور حسن كيرة - المدخل إلى القانون - الطبعة الرابعة (١٩٧١) - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ٢١٤ - بند ١١٤.

وفى الفقه الإسلامى:

نجد صدى السلطة الممنوحة للقاضى فى خلق القواعد القانونية التى تحكم النزاع المعروض عليه، عند غياب النص، فى رد معاذ بن جبل على رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما اسند إليه ولاية القضاء وسأله كيف يقضى إذا عرض عليه قضاء؟، فأجاب معاذ: أقضى بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسوله، فإن لم أجد أجتهد رأيى ولا آلو، واقرار رسول الله صلى الله عليه وسلم له(١).

هذا الدور الذى يملكه القاضى إزاء القانون يملكه، من باب أولى، إزاء العقد، لأن العقد، كما يقضى نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى ونص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، هو قانون المتعاقدين. وهو دور ييسر للقاضى مهمة التطويع بلى آثار العقد القانونية حتى تتلاءم مع الظروف الإقتصادية المتغيرة.

وتتحدد مهمة القاضى هذه بسماتها، أى بمميزات دور القاضى فى التطويع التى تفصله عن دوره إزاء مايشبه التطويع. وتتحدد، أيضا، بأدواتها، أى بالوسائل التى يتخذها القاضى فى القيام بها، وهذا يقتضى أن نعرض لتمييز التطويع القضائى عما قد يتشابه معه، ثم لكيفية قيام القاضى بتطويع العقد. على أن يكون ذلك فى فصلين على النحو التالى:

الفصل الأول : تمييز التطويع القضائى عما يتشابه معه.

الفصل الثانى : وسائل القاضى فى تطويع العقد.

---

(١) سنن ابى داود (وهو ابو داود سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى المتوفى عام ٢٧٥هـ) - الجزء الثالث - دار الحديث - ١٩٨٨ - ص ٣٠٢ - رقم ٣٥٩٢.

الفصل الأول

تمييز عملية التطويع القضائى عما قد يتشابه معها

١٢٢ - لايقتصر دور القاضى فى تدخله فى الرابطة العقدية، على مجرد قيامه بتطويع العقد لملاءمته مع الظروف الإقتصادية المتغيرة، وإنما يمتد ليشمل عمليات أخرى فى الرابطة العقدية، إستنادا إلى نصوص القانون مباشرة. هذا التدخل القضائى فى الرابطة العقدية قد يتشابه مع تدخله فيها بقصد تطويع العقد.

وتدخل القاضى فى الرابطة العقدية - فى غير فكرة التطويع - يجد أسبابه فى ذات الرابطة العقدية، أى لأمر موجود فى الرابطة منذ نشأتها.

من هنا وجب علينا أن نعرض لأحوال تدخل القاضى فى الرابطة العقدية، فى غير حالة التطويع، فى الحالات التى يستند فيها هذا التدخل إلى أسباب ملازمة للعقد منذ نشأته.

فقد توجد الأسباب التى تبيح للقاضى التدخل فى الرابطة العقدية فى عقود الإذعان، عندما تتضمن شروطا محجفة بالطرف المذعن، كما أنها قد توجد فى الشرط الجزائى، عندما يكون مبالغا فيه.

وتوجد أسباب تدخل القاضى، كذلك، فى حالات الغبن، أحيانا، وفى حالة ماتصيب المدين ضائقة مالية تقتضى أن ينظر لحين ميسرة.

وفى كل من هذه الحالات المذكورة يقتضينا الأمر أن نضع الحدود الفاصلة بين تطويع العقد قضائيا، بسبب تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها، وبين كل من تدخل القاضى بسبب الغبن والإذعان والشرط الجزائى ونظرة الميسرة.

ولذلك نقسم هذا الفصل إلى المباحث الأربعة التالية:-

المبحث الأول : تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى فى عقود الإذعان.

المبحث الثانى : تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى إزاء الشرط الجزائى.

المبحث الثالث : تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى فى حالات الغبن.

المبحث الرابع : تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى فى نظرة الميسرة.

المبحث الأول

تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى فى عقود الإذعان

١٢٣ - أدت التطورات المتلاحقة فى المجتمعات المعاصرة إلى نشوء الكثير من الشركات والمؤسسات، بل والأفراد، الذين يمكن أن يطلق عليهم وصف «الأقوياء» إقتصاديا فى المجتمع. وهؤلاء يتولون تقديم سلعهم وخدماتهم للغالبية العظمى من أفراد المجتمع، الذين يمكن أن نطلق عليهم وصف «الضعفاء» إقتصاديا.

ويتم تداول هذه السلع والخدمات عن طريق عقود تملى شروطها من قبل مقدميها، ولايكون أمام المحتاجين إليها إلا قبولها دون أى مناقشة. والسبب فى ذلك أن مقدمى هذه السلع والخدمات يحتكرون السوق، أو على الأقل تكون السوق سوق منافسة محدودة، الأمر الذى يجبر المستهلكين أو المستفيدين على قبول شروط العقود كما وضعها الأقوياء. لذلك سميت هذه العقود «عقود الإذعان»(١).

والأمثلة فى الحياة العملية على هذه الحقيقة متعددة. ففى علاقات العمل مثلا، يحدد رب العمل بإرادته المنفردة أجر عماله كما يحدد ساعات العمل والجزاءات التى توقع على العمال وغير ذلك(٢). وفى توريد المياه والكهرباء، نجد أن الشركات الموردة هى التى تحدد بإرادتها المنفردة شروط التعاقد معها. وفى نقل الركاب والبضائع بحرا أو جوا أو برا، تفرض الشركات الناقلة شروط عقد النقل على العميل، الذى لا يملك إلا الإنصياع لهذه الشروط. وفى عقد التأمين يجد المستأمن نفسه أمام شركة قوية جدا تحدد شروط العقد بطريقة تتماثل مع العقود الصادرة من الشركات الأخرى، بحيث لا يملك المستأمن إلا الإنصياع لها(٣).

---

(1) RAYMOND SALEILLES, De la declaration de volonte, 1929, No. 88, PP. 229 et 230.

(٢) وذلك مع الإلتزام بالنصوص القانونية المتعلقة بحماية العمال، مثل النصوص الخاصة بالحد الأدنى المضمون للأجور أو النصوص الخاصة بالحد الأقصى لساعات العمل، والنصوص التى تفرض على رب العمل التزاما بالأجازات المدفوعة الأجر. وتلك الخاصة بقواعد السلامة والصحة المهنية وغيرها.

(٣) الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - فى عقود الإذعان فى القانون المصرى - مطبعة جامعة فؤاد الأول - طبعة ١٩٤٦ - بند ٢ - ص ٠٢.

وقد أثار تحديد طبيعة العلاقة التى تقوم بين الطرفين، فى مثل هذه الأحوال، خلافا فى الفقه: فذهب البعض إلى أن العملية القانونية التى تنشأ عنها العلاقة بين الطرفين لايمكن أن تكيف على أنها عقد، وإنما هى إرادة منفردة. ويؤسس اصحاب هذا الفكر رأيهم على أن الإرادة القوية هى وحدها التى تضع القانون الذى يحكم الرابطة(١). وذهب البعض الآخر إلى القول بأن من يتصفح هذه العملية القانونية يرى أنها أقرب إلى مايسمى بالمركز القانونى من أى تكييف آخر. ويستند هذا الرأى إلى أنه لايوجد تفاوض بين الطرفين قبل إنعقاد العقد بينهما، فضلا عن أن الشكل الذى توضع به بنود العقد يبدو وكأنه قواعد وضعت لتحكم عددا غير معين من الحالات، تماما كالقواعد القانونية(٢). لكن الرأى الغالب فى الفقه يكيف هذه العملية على أنها عملية تعاقدية. ويستند هذا الرأى، فيما ذهب إليه، إلى أن القانون لا يستلزم، لقيام العقد، أن تكون بنوده محل مساومة من الطرفين، قبل إبرامه، وأن النموذج الذى تتخذه هذه العقود، بصدد بنودها، هو أمر غير ذى بال فى تحديد الطبيعة القانونية للعمل. وفضلا عن ذلك، فإن عدم تحقق المساواة الإجتماعية أو الإقتصادية، بين الطرفين، لايخرج العملية عن طبيعتها العقدية(٣).

والحق أن هذا الخلاف الدائر بين الفقهاء حول طبيعة عقود الإذعان يرجع، فى الواقع، إلى إختلاف الزاوية التى ينظر منها كل منهم إلى هذه العملية التعاقدية: فمن «النظرة الأولى يمكن أن نكتشف أن العملية الإذعانية هى

---

(1) R. SALEILLE S, De la declaration de volonte, Op. Cit., No. 88, P. 229 et sui.

L. DUGUIT, Traite de Droit constitutionnel, T. 1, 1930, PP 424 - 425, et Les transformantions generales du Droit prive depuis le Code Napoleon, 1912, P. 115.

(2) M. HAURIOU, Principes de Droit public, 2 eme edition, 1916, P. 206.

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المصرى - المرجع السابق - بند ٤٧ ص ٨٢.

الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - فى عقود الإذعان فى القانون المصرى - المرجع السابق - فقرة ١٠٨ - ص ١٥٦.

عملية مركبة. فهى تتكون من عمليتين منفصلتين، على الأقل نظريا. الأولى تكمن فى اتفاق الإرادتين، إرادة الطرف القوى وإرادة الطرف المذعن. ولا يمكن لأى إنسان أن يثبت تخلف أى من هاتين الإرادتين. أما العملية الثانية، فإنها تكمن فى تحديد شروط وآثار الرابطة. وهذا يتم بإرادة الطرف القوى وحدها»(١). فمن يقصر نظره على العملية الثانية يتحدث عن تصرف بالإرادة المنفردة، أو عن مركز قانونى. ومن يقصر نظره على العملية الأولى يتحدث عن عقد بمعنى الكلمة، لا يخرج عن غيره من العقود. أما من يجمع بين العمليتين فيرى أن العملية هى عملية تعاقدية بمعنى الكلمة، ولكنها تتميز بمجموعة من الخصائص، تفرقها عن غيرها من العقود(٢).

ووفقا لهذا الرأى الأخير الذى يجمع بين العمليتين فى تحديد طبيعة العملية التعاقدية، يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه ذلك الإتفاق الذى ينفرد أحد الطرفين، فيه، بوضع شروطه، ويقتصر قبول الطرف الآخر، فيه، على مجرد التسليم، بمثل هذه الشروط، دون مناقشتها.

خصائص عقود الإذعان:

١٢٤ - إذا كانت عقود الإذعان تتفق فى أحكامها مع الفكرة التقليدية للعقد، كأصل عام، إلا أنها تتميز بمجموعة من السمات الخاصة بها، تجمل فيما يلى:-

---

= GERARD FARJAT, Droit prive de l`economie, Op. Cit., P. 64.
JEAN CARBONNIER, Droit Civil, les obligations, Op. Cit. No, 17, P. 76.
ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, Les obligations, No. 98, P. 102.

(1) NOOMAN M.K. GOMAA, Theorie des sources de l`obligation, these, Paris, 1968, L.G.D.J., No. 49, P. 67.

(٢) حسم المشرع المصرى هذا الخلاف وقنن الرأى القائل بأن الامر يتعلق بعقود بمعنى الكلمة حينما نص فى المادة ١٠٠ من القانون المدنى على أن «القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل مناقشة فيها» الدكتور سعيد عبدالسلام - سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان - ١٩٩٢ - ص ٠٢.

أولا : أن العقد يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر ضرورية للمستهلك أو للمنتفع، مثل استيراد الكهرباء أو المياه من الشركات التى تتولى توريد مثل هذه السلع للمواطنين.

ثانيا : إحتكار الموجب لهذه السلعة أو الخدمة، إحتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأكثر، قيام منافسة محدودة بشأنها. مثال ذلك شركات الطيران التى تحتكر النقل الجوى، وشركات توريد الغاز الطبيعى التى تحتكر بيع هذه السلعة للمستهلكين.

ثالثا : صدور الإيجاب إلى الناس كافة، أو إلى شريحة معينة منهم، بشروط واحدة، وعلى وجه الإستمرار، وبدون أية مناقشة منهم. فمن يتصفح عقد توريد الغاز أو تذكرة الطيران، يجد أن الشروط قد وضعت بصورة عامة بحيث تسرى على الكافة، بدون تمييز فى المعاملة. وهى، فى الغالب، تكون شروطا مطبوعة سلفا(١).

دور القاضى فى عقود الإذعان :

١٢٥ - منح القاضى - بمقتضى المادة ١٤٩ من القانون المدنى المصرى،(٢)التى تنص على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن

---

(١) وفى بيان خصائص عقود الإذعان تقول محكمة النقض «ان من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق إحتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة. والسلع الضرورية هى التى لاغنى للناس عنها والتى لاتستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولايمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب، ولو كانت جائرة وشديدة». نقض مدنى بجلسة ١٩٧٤/٣/٢ فى الطعنين رقمى ٢٩٦، ٢٩٨ لسنة ٢٧ القضائية - م نقض م - س ٢٥ - ٤٩٢ - قاعدة ٨٠.

(٢) لم يتضمن القانون المدنى الفرنسى نصا يماثل هذا النص. لكن المشرع هناك، تحت ضغط الحياة، تدخل لحماية الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية. فحرم بعض الشروط التى يتصور أن يفرضها الطرف القوى على الطرف الضعيف، كما فعل بمقتضى قانون ٧ مارس ١٩٠٥ الذى حرم شرط عدم المسئولية فى نقل البضائع برا، وكما فعل فى تنظيمه لشروط العمل، حينما حرم على رب العمل المغالاة فى ساعات العمل أو فى تخفيض أجر العامل، وكما فعل بمقتضى المادة ٣٥ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٨ -

شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»

- سلطة التدخل فى عقود الإذعان، إذا تضمنت شروطا تعسفية وهذا يستوجب منا بيان المقصود بالشروط التعسفية قبل أن نعرض لبيان وجهى سلطة القاضى إزاء هذه الشروط.

١ - المقصود بالشروط التعسفية فى عقود الإذعان:-

١٢٦ - يجب أن يفهم الشرط، هنا، على نحو أوسع من معناه الوارد فى المادة ٢٦٥ من القانون المدنى المصرى(١)، والتى تقابل المادة ١١٦٨ من

= الخاص بحماية المستهلكين والمرسوم رقم ٤٦٤ لسنة ١٩٧٨ بتطبيق هذا القانون. فالمادة الأولى من المرسوم رقم ٤٦٤ لسنة ١٩٧٨ الصادر فى الرابع والعشرين من شهر مارس ١٩٧٨، بتطبيق الفصل الرابع من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨، تنص على أنه «يعتبر ممنوعا، فى العقود التى تبرم بين الحرفيين، من ناحية، وبين غير الحرفيين أو المستهلكين، من ناحية أخرى، الشرط الذى يكون موضوعه أو هدفه إذعان غير الحرفى أو المستهلك بشروط تعاقدية لا تدرج فى المكتوب الذى يوقعه، وذلك باعتباره شرطا تعسفيا فى معنى الفقرة الأولى من المادة ٣٥ من القانون المشار اليه (٢٣ لسنة ١٩٧٨)». كذلك فعل بمقتضى قانون التأمين، حينما قدم نفس الحماية للمستأمنين بتحريمه لبعض الشروط، بموجب نصوص آمرة، كالمادة ١١٢-١٢ (ق) من القرار رقم ٦٦٦ لسنة ١٩٧٦.

والفقه الإسلامى، بما أورده من أحكام تحرم الإحتكار، وتمنع تلقى الركبان، وتجيز التسعير إن اقتضت المصلحة العامة ذلك، عالج مقدمات الإذعان، ولم ينتظر حتى تقع الكارثة بإنشاء عقد إذعان كما تفعل القوانين الوضعية. الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامية - المرجع السابق - الجزء الثانى - طبعة ١٩٦٧ - ص ٧٧.

بل، وفيما أتاه الفقه الإسلامى من أحكام مايبيح لولى الأمر تنظيم عقد الإذعان - كما فعل المشرع المصرى - بموجب أحكام شرعية توفق بين مبدأ حماية الطرف الضعيف وضرورة التنظيم الإقتصادى الحديث - خالد عبدالله عيد - نظرية العقد - المرجع السابق - فقرة ١٧٥ - ص ١١٧.

(١) إذ أن الشرط فى حكم المادة ٢٦٥ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٦٨ من القانون المدنى الفرنسى، هو الأمر غير المحقق الوقوع والذى يترتب على وقوعه حدوث أثر قانونى معين. فالمادة ٢٦٥ تنص على أن «يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع». والمادة ١١٦٨ تنص على أن: =

القانون المدنى الفرنسى. فالشرط هنا يجب أن يشمل، بالإضافة إلى ماتنص عليه المادة ٢٦٥ سالفة الذكر، مايعرف بالبند. وتمتد سلطة القاضى للحالتين، إذا اتصف هذا أو ذاك بأنه تعسفى. والشرط، بمعنى الأمر غير محقق الوقوع أو بمعنى البند، يدرج فى العقد بهدف تحقيق مصلحة لواضعه فى مواجهة الطرف الآخر (المذعن)، لو كنا بصدد عقد إذعان. فالشروط، إذن، حق لكل متعاقد يدرج منها مايشاء فى العقد، حتى ولو كان الأخير من بين عقود الإذعان، بشرط ألا يكون مثل هذا الشرط من بين الشروط التعسفية. لكن السؤال يثور حول متى يعد الشرط تعسفيا(١).

تساعدنا فى الإجابة على هذا السؤال المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى التى تنص على ثلاث حالات يكون فيها إستعمال الحق إستعمالا تعسفيا. ولما كان الشرط حقا فإنه يكون تعسفيا لو انطبقت عليه أى من الحالات التى نصت عليها المادة الخامسة سالفة الذكر.

فيعد الشرط الوارد فى عقد الإذعان تعسفيا، أولا، إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالطرف المذعن، كأن يورد رب العمل، فى لائحة المنشأة، بندا

= (L`obligation est conditionnelle lorsqu`on la fait dependre d`un evenement future et incertain soit en la suspendant jusqu a`ce que l`evement arrive soit en la resiliant, selon que l`evenement arrivera au n`arrivera Pas).

وقد عرف الفصل ١٠٧ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى والمادة ١٢٧ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى الشرط بأنه «تعبير عن الارادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، أما وجود الإلتزام أو زواله».

(١) يفرق البعض بين ما يسمى الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم إستعمالها. ويقصدون بالأولى تلك التى يظهر فيها التعسف منذ إدراجها مثل الشرط الذى يرد فى لائحة المصنع ويتضمن غرامات باهظة على العمال. اما الثانية فيقصدون بها الشروط التى تظهر عند التطبيق، كالشرط الذى يلزم المستأمن بإعلان المؤمن بأمور معينة خلال فترة سريان العقد، وإلا سقط حقه فى التعويض. ويقصر أنصار هذا الرأى سلطة القاضى فى التدخل على الصنف الأول من الشروط. الدكتور سعيد عبدالسلام - سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان - المرجع السابق - ص ١١، ١٢.

يقضى بأن العامل يجب أن يكون أمام المنشأة، ساعة على الأقل، قبل أن تفتح المنشأة أبوابها للعمل صباح كل يوم، أو كأن تتضمن تذكرة النقل الجوى شرطا يلزم مسافر بأن يشترى زجاجة من المواد الكحولية، حتى ولو كان لايتعاطى هذا النوع من المشروبات.

ويعد الشرط الوارد فى عقد الإذعان تعسفيا، ثانيا، إذا كانت المصالح التى يرمى الطرف القوى إلى تحقيقها، من إدراج هذا الشرط، قليلة الأهمية بحيث لاتتناسب البتة مع الأضرار التى تصيب الطرف المذعن بسببها. فلا يكفى أن تكون لمدرج الشرط مصلحة فى إدراجه، بل يجب، أيضا، أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة معتبرة. وهى تكون كذلك إذا كانت ذات أهمية تتناسب أو تفوق الأضرار التى تصيب الطرف الآخر بسببها. أما لو كانت هذه المصلحة تافهة ويعود من جرائها ضرر بالغ بالطرف الآخر عد الشرط تعسفيا. وتعتبر من تطبيقات هذه الحالة، اشتراط المؤمن أن يقدم المستأمن، فى عقد التأمين ضد العجز عن العمل، شهادة بعجزه عن العمل ممهورة بتوقيع كبير أطباء مصلحة الطب الشرعى فى العاصمة، فى الوقت الذى تفى بالغرض شهادة تصدر من أى طبيب شرعى فى المحافظة التى يقطن بها المستأمن.

وأخيرا، يعد الشرط الوارد فى عقد الإذعان تعسفيا، إذا كانت المصالح التى يرمى صاحب الشرط إلى تحقيقها من إدراجه فى العقد غير مشروعة. فإدراج الشرط فى العقود وإن كان حقا للمتعاقد، إلا أن الشرط - شأنه فى ذلك شأن كل الحقوق - ليست له قيمة فى نظر القانون إلا بقدر مايجلبه من مصالح مشروعة. فإن انحرف عن ذلك فقد حماية القانون له وخسر، بالتالى، مضمونه كحق. وعلى هذا الأساس، فإن كل شرط يأتى على خلاف ماتقضى به قواعد النظام العام والأخلاق الحميدة، أو على خلاف ماتقضى به النصوص القانونية الآمرة يعد شرطا تعسفيا. فالشرط الذى يدرجه رب العمل، فى عقد العمل، ويلتزم بمقتضاه العامل بالتنازل عن حقوقه السياسية أو النقابية، يعتبر شرطا تعسفيا. وبالمثل يعد شرطا تعسفيا الشرط الذى يحرم على المستأمن، فى عقد التأمين ضد المرض، الزواج مدى الحياة.

ويجب ألا يفوتنا، هنا، أن ننوه إلى أن الحالة الأولى نادرة الحدوث فى العمل، بعكس الحالتين الثانية والثالثة اللتين نرى، فى حياتنا العملية، تطبيقات كثيرة لهما.

كذلك يجب أن نشير، هنا، إلى أن معيار تحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا هو، فى الحالة الأولى، معيار شخصى ذاتى، قوامه توافر نية معينة لدى مدرج الشرط، هى نية الأضرار بالطرف الآخر. أما عن معيار تحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا فى الحالتين الثانية والثالثة، فإنه معيار موضوعى، قوامه، فى الحالة الثانية، التفاوت الشاسع بين المصلحة التى يصيبها مدرج الشرط والضرر الذى يصيب الطرف الآخر منه، وقوامه، فى الحالة الثالثة، مخالفة الشرط للنصوص القانونية الآمرة، أو خروجه على قواعد النظام العام والآداب. وفى كلتى الحالتين تكون للقاضى، بصدد الشرط، سلطة مرنة وواسعة فى إعمال رقابته.

٢ - وجها سلطة القاضى إزاء الشروط التعسفية فى عقود الإذعان(١):

١٢٧ - للقاضى سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا. ليمارس سلطته عليه فى الحالة الأولى، وليتركه على حالته فى الحالة الثانية. لكن إذا قرر القاضى أن الشرط تعسفيا، فإن سلطته لاتخرج إزاء هذا الشرط التعسفى عن أحد موقفين. فهو إما أن يعدل الشرط التعسفى أو أن يعفى الطرف المذعن منه. وسلطة القاضى، فى إختيار هذا الموقف أو ذاك، مقيدة بأن يكون إختياره «وفقا لما تقتضيه العدالة»، وإن كانت العدالة، فى نظرنا، ذات مفهوم مرن، يسمح للقاضى بالحركة فى إختياره بحرية واسعة نسبيا.

---

(١) ينتقد الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة تدخل القاضى فى عقود الإذعان على أساس تفسير خاص لهذه العقود، بحجة أن ذلك يهدم التوازن الإقتصادى للعقد، وبحجة أن ذلك يعطى القاضى سلطة تحكمية إن شاء أعملها وإن شاء أهملها. عقود الإذعان فى القانون المصرى - رسالة من جامعة فؤاد الأول - ١٩٤٦ - بند ٢٠٨ - ص ٤٠٧، ٤٠٨.

أ - تعديل الشرط التعسفى:

فالعدالة قد تقتضى، فقط، أن يعدل القاضى الشرط التعسفى. فإذا اشترط رب العمل على العامل، فى عقد العمل، عدم فتح محل منافس لرب العمل، بعد تركه الخدمة فى مؤسسته طوال حياة العامل، أو فى أى مكان على التراب الوطنى، فإنه يكفى، لكى تتحقق العدالة، أن يقوم القاضى بتعديل مثل هذا الشرط، بقصره على فترة زمنية محدودة فى الحالة الأولى، وبجعله مقصورا على المنطقة الجغرافية التى تكون لرب العمل فيها مصلحة إقتصادية مشروعة، فى الحالة الثانية. وإذا اشترط مشترى المحل التجارى، على بائعه، عدم فتح محل منافس بصفة مطلقة، أى دون تحديد المنع بفترة زمنية محددة، أو بمكان معين، إقتضت العدالة تعديل مثل هذا الشرط، بتقييده من حيث الزمان أو من حيث المكان، بحسب الأحوال، دون أن تتطلب أكثر من ذلك.

ب - اعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفى :-

لكن تعديل الشرط التعسفى قد لايحقق العدالة، فى بعض الأحيان، وإنما يقتضى الأمر، إعفاء الطرف المذعن من هذا الشرط بالكامل. فإذا اشترط رب العمل على العامل ألا يمارس نشاطا نقابيا طوال مدة عقد العمل، أو اشترط عليه تغيير إنتمائه الحزبى ليدخل فى الإنتماء الحزبى لرب العمل، فإن قواعد العدالة تقتضى من القاضى أن يلغى مثل هذا الشرط، أى أن يعفى منه الطرف المذعن. وإذا اشترطت شركة توريد المياه أو الكهرباء على العميل أن يتحمل بمتوسط استهلاكه الشهرى الفعلى طوال فترة غيابه عن منزله، فإن العدالة تقتضى من القاضى إلغاء مثل هذا الشرط، لأن التزام العميل فى هذه الحالة سيكون بلا سبب.

تمييز دور القاضى فى عقود الإذعان عن دوره فى تطويع العقد:-

١٢٨ - إن الدور الذى يمارسه القاضى إزاء الشروط التعسفية فى عقود الإذعان، والذى يخول له إما تعديل هذه الشروط وإما إلغاءها كلية،

بهدف تحقيق العدالة، يتميز عن دور القاضى الهادف إلى تطويع العقد، لمواجهة التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية. ويكمن هذا التمييز فى سبب التدخل الذى يقود به إلى ممارسة هذه المهمة أو تلك، كما يكمن فى سلطة القاضى المتدخل.

فتدخل القاضى لتطويع العقد بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، يتم لسبب لاحق على ابرام العقد، وهو التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، والذى قاد إلى إختلال العدالة التعاقدية بين الطرفين. اما التدخل بهدف مواجهة الشروط التعسفية فى عقد الإذعان فإنه يجد سببه فى أمر كامن فى العقد منذ ابرامه(١) أى أن المتعاقد الضعيف قد أذعن لمثل هذه الشروط منذ لحظة تعاقده مع الطرف الآخر (القوى) وذلك لحاجته إلى مايرتبه العقد لصالحه، ولعدم وجود البديل.

هذا عن سبب التدخل. أما عن مدى التدخل، أى مدى السلطة الممنوحة للقاضى بعد تدخله فإنها، فى التطويع، متسعة لتشمل العقد ككل فى مجموعه، ولا تقتصر على شرط فيه. كما أنها لاتقف عند حد تعديل التزام على عاتق المدين فى العقد، أو إعفائه منه، بل إنها تتجاوز ذلك إلى حد فرض التزام على عاتق الطرف الآخر، أو، على الأقل، زيادة التزام قائم على عاتقه، كما سنرى فى القسم الثانى من هذه الرسالة. لكن هذه السلطة فى الشروط التعسفية فى عقد الإذعان تعتبر مقصورة على تعديل الشرط التعسفى أو، على الأكثر، الغاء مثل هذا الشرط.

لكن، يجب أن يكون ملحوظا ان هذا الفارق فى سلطة القاضى فى الحالين فارق مرن وغير جامد. فخطوط الدورين الذين يمارسهما القاضى فى التطويع وفى مواجهة الشروط التعسفية، تتلاقى فى الكثير من المواضع، وعلى الخصوص فيما يتعلق بتعديل التزام على عاتق المدين أو إعفائه منه.

---

(١) ولذلك لو أن الشروط لم تكن تعسفيه لحظة ابرام العقد، لكنها انقلبت تعسفية، بعد ذلك، بسبب تغير حدث فى الظروف الإقتصادية، فإن دور القاضى سيكون منصبا على تطويع العقد لمواجهة هذا التغير الحادث فى الظروف الاقتصادية، وبالتالى، لايعد تدخلا بهدف إعمال المادة ١٤٩ من القانون المدنى المصرى.

لذلك يكون الفارق الحاسم للتمييز بين دور القاضى فى تطويع العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة ودوره ازاء عقود الإذعان، كامنا فى سبب التدخل(١). فسبب التدخل للتطويع يكمن فى ظروف إقتصادية تغيرت بعد إبرام العقد، على حين يكمن سبب التدخل فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقد الإذعان فى عيب كامن فى العقد منذ مولده.

ويجب ألا يفوتنا، فى الأخير، أن نشير إلى أن القاضى بتدخله لتطويع العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، وبتدخله لإعمال الحكم الخاص بالإذعان يهدف إلى تحقيق العدالة التعاقدية بين طرفى الرابطة التعاقدية (٢).

---

(١) ونقصد به السبب المباشر.

(٢) أى أن الباعث الدافع للتدخل هو تحقيق العدالة التعاقدية.

المبحث الثانى

تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى ازاء الشرط الجزائى

١٢٩ - يعرف الشرط الجزائى بأنه تقدير اتفاقى لمقدار التعويض الذى يلتزم المدين بدفعه للدائن فى حالة عدم التنفيذ أو فى حالة التأخر فى التنفيذ، وذلك فى صورة مبلغ محدد جزافا سلفا(١). ففى عقد التوريد، مثلا، قد يتفق المورد مع المستورد على أنه، فى حالة عدم تنفيذ الأول لإلتزامه بتوريد الكميات المتفق عليها، أو فى حالة توريده لها متأخرا عن المواعيد الدورية المتفق على التوريد فيها، فإنه يلتزم بدفع مبلغ محدد جزافا، اعتبره الطرفان، بإتفاقهما، جابر للأضرار التى تصيب المستورد من جراء إخلال المورد. ويكثر إدراج مثل هذا الشرط. فى الوقت الحاضر، فى البيع بالتقسيط. فالكثير من تجار الجملة يستوردون السلع من المنتجين مع الإلتزام بدفع ثمنها على أقساط شهرية. وتحدد هذه الأقساط فى ضوء مايتوقع التاجر بيعه من السلعة خلال الشهر. وفى مقابل ذلك يدرج المنتج، فى العقد المبرم بينه وبين تاجر الجملة، شرطا جزائيا يحدد مبلغا معينا يلتزم التاجر بسداده، علاوة على القسط الشهرى المستحق، فى حالة تأخره عن السداد، فى المواعيد المحددة فى العقد.

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الثانى - المجلد الثانى - الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ١١٢.
المستشار الدكتور محمد شتا ابوسعد - الشرط الجزائى - مجال اعماله وشروط ذلك الاعمال - مجلة هيئة قضايا الدولة - س ٣٧ - العدد الأول - ص ٥٥.
وكذلك الدكتور محمود جمال الدين زكى - اتفاقات المسئولية - المقال السابق - ص ٥٢١ - فقرة ٦٢.
BORIS STARCK, Droit Civil, obligations, Op. Cit., P. 626, No. 2113.
GERARD FARJAT, Droit prive de l`economie, Op. Cit., P. 353.
JEAN CARBONNIER, les obligations, Op. Cit., No. 78 et 79, P.P. 290 et suiv.
ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, les obligations, Op. Cit., PP. 526, 527, No. 456.

ويهدف المتعاقدان من هذا التقدير(١) لمبلغ التعويض إلى تفادى التقدير القضائى للتعويض. وما يصاحب ذلك من صعوبات تتعلق بإثبات مدى الضرر. فهما يقدران، جزافا، المبلغ الذى يلتزم المدين به، ومن ثم تكون كل منازعة فى مدى الضرر ومايلزم لجبره غير مجدية.

ويجد الشرط الجزائى أساسه فى المادتين ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى، ١١٥٢ من القانون المدنى الفرنسى. فالمادة ٢٢٣ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠»، فى حين تنص المادة ١/١١٥٢ من القانون المدنى الفرنسى على أنه «حينما يقضى الإتفاق بأن يدفع من يخل بالتنفيذ مبلغا كتعويض، فلا يمكنه أن يؤدى للطرف الآخر أكثر من ذلك ولا أقل منه»(٢).

لكن يجب ألا يفوتنا، هنا أن نشير إلى أن التشريعات تحرم، فى بعض العقود، إدراج الشرط الجزائى، وتحدده، فى البعض الآخر، بحد أقصى

---

(١) يلاحظ أن مثل هذا الإتفاق قد يكون معاصرا لابرام العقد ويأخذ صورة بند من بنوده. وقد يتم فى وقت لاحق على ابرام العقد. فليس هناك مايمنع من أن يتم الإتفاق على الشرط الجزائى فى فترة لاحقة على ابرام العقد، بشرط أن يكون ذلك قبل وقوع الإخلال بالالتزام العقدى الواقع على عاتق المشروط ضده، وإلا عد هذا صلحا لا شرطا جزائيا.

(٢) تغير الأمر الآن فى فرنسا بعد صدور القانون رقم ٦٦-١٠-١ بتاريخ ١٩٦٦/١٢/٢٨، لمناهضة حالات الربا التى تفاقمت، هناك، فى ظل العمل، بالمرسوم الصادر فى ٨ أغسطس عام ١٩٣٥. فطبقا لقانون عام ١٩٦٦ اعتبر كل قرض ربويا متى زاد معدل فائدته الحقيقى الإجمالى وقت ابرامه عن ضعف متوسط إيراد السندات الصادرة خلال نصف العام السابق على ذلك. ولذلك فإن الشرط الجزائى يعتبر ربويا ان كانت الفائدة التى تعود على مشترطه منه، تجاوز ضعف متوسط ايراد السندات الصادرة خلال نصف العام السابق على ذلك، وبالتالى يحق للقاضى أن يخفض الشرط الجزائى إلى حدود الفائدة المسموح بها. الدكتور محمد شتا ابوسعد - الشرط الجزائى - سابق الإشارة - ص ٦٤، ٦٥.

لكن بعض المحاكم الفرنسية قصرت هذا التقييد على عقدى البيع بالتقسيط والقرض، وما فيما سواهما يظل الشرط الجزائى على إطلاقه. الدكتور محمد شتا ابوسعد - الشرط الجزائى - سابق الإشارة - نفس الموضع.

لا يجوز تجاوزه، مثال الحالة الأولى ما أورده، قانون العمل الفرنسى، من إبطال الشرط الجزائى فى عقد العمل ذى المدة غير المحددة. ومثال الحالة الثانية ما أوردته المادة ٦٠ من قانون العمل المصرى التى تحظر على صاحب العمل أن يوقع على العامل عن المخالفة الواحدة غرامة تزيد قيمتها على أجر خمسة أيام.

١٣٠ - هذا، ويقوم الشرط الجزائى، طبقا للتحليل السابق، على أساس أن الجزاء المتفق عليه يحل محل التعويضات، من ناحية، وأنه من ناحية أخرى، تعويض متفق عليه. وذلك كله على النحو التالى:-

أولا : حلول الجزاء محل التعويضات :

الفرض أن هناك أضرارا أصابت الدائن من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته أو بعضها أو أحدها، أو من جراء تأخره فى التنفيذ. وتنشىء هذه الأضرار حقا للدائن فى التعويض عنها طبقا للقواعد العامة. فيحل الجزاء المتفق عليه بمقتضى الشرط الجزائى، محل هذه التعويضات. وهذا يترتب عليه أن الجزاء لايستحق إلا إذا توافرت أركان المسئولية العقدية فى حق المدين، بما ترتبه من حق للدائن فى طلب التعويض. أما إذا كانت مسئولية المدين لا تقوم، على الرغم من عدم التنفيذ، أو على الرغم من التأخر فى التنفيذ، كأن كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجعا إلى سبب أجنبى، فإن الدائن لايستحق تعويضا، ولا ينشأ، من ثم، حقه فى إعمال الشرط الجزائى، استنادا إلى أن الأخير يحل محل الحق فى التعويض. والحق فى التعويض لم يقم.

لكن ليس معنى ذلك أن الدائن يلتزم بإثبات أركان المسئولية العقدية، قبل مدينه، حتى يطالب بالجزاء طبقا للشرط الجزائى، بل أنه(١) يكتفى بإثبات عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، أو تأخره فى هذا التنفيذ، ليقوم حقه فى مبلغ الجزاء. ويعفى المدين من هذا الجزاء إذا أثبت السبب الأجنبى لعدم

---

(١) وهنا تظهر فائدة الشرط الجزائى فى نقل عبء الإثبات.

التنفيذ أو للتأخر فى التنفيذ، كأن يثبت أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى حادث فجائى أو إلى خطأ الدائن أو خطأ الغير.

ثانيا : الجزاء تقدير اتفاقى للتعويض:-

يمثل الجزاء، فى الشرط الجزائى تعويضا اتفاقيا. وعلى هذا الأساس يمكن تفسير بطلان الشرط الجزائى ان كان العقد الذى أدرج فيه هذا الشرط باطلا. بل أنه حتى لو ورد الشرط الجزائى فى اتفاق لاحق على العقد، فإنه يكون قابلا للإبطال، أن كانت إرادة أحد المتعاقدين واقعة فى غلط أو كانت مكرهة أو مدلس عليها أو وقع استغلال لها.

١٣١ - دور القاضى إزاء الشرط الجزائى(١):

خول القاضى، بمقتضى المادتين ٢٢٤ و ٢٢٥ من القانون المدنى المصرى والمواد ١١٥٧ ومن ١٢٢٦ إلى ١٢٣٣ من القانون المدنى الفرنسى، دورا واسعا. فالمادة ١/٢٢٤ من القانون المدنى المصرى تنص على أن «لايكون التعويض الإتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر». وتضيف فى فقرتها الثانية النص على أنه «ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الإلتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه». وتنص المادة ٢٢٥ على أنه «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما». والمادة ١/١١٥٢ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أنه «حينما يقضى الإتفاق بأن

---

(١) لاتسمح قواعد الفقه الإسلامى بمثل هذا الشرط، لما فى هذا الفقه من قواعد تحرم الغرر، ولما فى هذا الشرط من غرر. فالشرط الجزائى يقوم على التقدير الجزافى لمبلغ التعويض الذى يستحق للدائن من جراء إخلال المدين بإلتزامه بالتنفيذ.

يدفع من يخل بالتنفيذ مبلغا كتعويض، فلايمكن أن يؤدى للطرف الآخر أكثر من ذلك ولا أقل منه»، وتضيف الفقرة الثانية، المضافة بالقانون ٥٩٧ لسنة ١٩٧٥ بأنه «يمكن، مع ذلك، للقاضى أن يقلل أو يزيد من الجزاء المتفق عليه إذا مابدى له أنه مبالغ فيه أو أنه تافه»(١).

من هذه النصوص يمكننا القول إن دور القاضى إزاء الشرط الجزائى لا يخرج عن أحد أمرين: فهو إما أن يعدل هذا الشرط، زيادة أو نقصا، وإما أن يعفى المدين من هذا الشرط.

أولا : تعديل الشرط الجزائى:

يملك القاضى تعديل المبلغ المحدد كجزاء على عدم تنفيذ الإلتزام أو على التأخير فى تنفيذه. ويأخذ هذا التعديل أحد اتجاهين. فهو إما أن يكون لصالح المدين أو أن يكون لصالح الدائن.

أ - تعديل الشرط الجزائى لصالح المدين:

يكون تعديل الشرط الجزائى فى صالح المدين إذا خفض القاضى المبلغ المتفق عليه كجزاء على عدم التنفيذ أو على التأخر فيه. والقاضى يملك تخفيض الشرط الجزائى فى حالتين: فى حالة ما إذا كان مبلغ الجزاء مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. وتقدير هذا الأمر متروك للقاضى الذى يحدده فى ضوء أهمية التنفيذ بالنسبة للدائن. أما الحالة الثانية فهى حالة ما إذا كان المدين قد نفذ جزءا من التزامه. وهنا سيكون التخفيض بنسبة الجزء الذى تم تنفيذه إلى الجزء الذى لم يتم تنفيذه بعد.

---

(١) وبالتعديل الوارد على المادة بموجب القانون رقم ٨٥-١٠٩٧ بتاريخ ١٩٨٥/١٠/١١ يستطيع القاضى أن يجرى هذا التعديل ولو من تلقاء نفسه.

وقد أثار نص المادة ١١٥٢ من القانون المدنى الفرنسى، قبل إضافة فقرة ثانية لها عام ١٩٧٥، جدلا فى الفقه الفرنسى فى شأن مدى السلطة التى يخولها للقاضى. فذهب البعض، هناك، إلى أنه لايجوز للقاضى إلا أن يحكم بالمبلغ المنصوص عليه فى الإتفاق، إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئى للإلتزام(١). ومعنى ذلك أنه لايجوز للقاضى أن يخفض المبلغ المتفق عليه فى حالة ما إذا بدا له أن الشرط مبالغ فيه، بل يجب عليه أن يلزم المدين بتنفيذه. ويستند أنصار هذا الرأى إلى صراحة الفاظ المادة ١١٥٢، فضلا عن أن القانون المدنى الفرنسى لايعرف الغبن، فى الأصل العام.

لكن ذهب البعض الآخر، فى الفقه الفرنسى، إلى إعطاء القاضى سلطة تعديل الشرط الجزائى فى حالة ما إذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغا فيه، أيضا. فلا يقتصر الأمر، عند أنصار هذا الرأى، على حالة التنفيذ الجزئى، بل يشمل، كذلك، حالة المبالغة فى الجزاء. وهذا الرأى الثانى هو الذى تبناه المشرع الفرنسى، حينما تدخل، بموجب القانون رقم ٥٩٧ لسنة ١٩٧٥، وأضاف فقرة ثانية للمادة ١١٥٢(٢). وأصبح القاضى، بعد ذلك، يملك تعديل مبلغ الجزاء المتفق عليه فى حالتين: التنفيذ الجزئى للإلتزام، وكون الشرط مبالغا فيه.

٢ - تعديل الشرط الجزائى لصالح الدائن:

إذا كان تعديل الشرط الجزائى لصالح المدين يتم فى حالتين على النحو المذكور آنفا، فإن تعديل هذا الشرط فى صالح الدائن لا يتم إلا فى حالة واحدة، هى حالة ما «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقى»، على حد تعبير المادة ٢٢٥ من القانون المدنى المصرى، وعلى شرط أن يثبت الدائن «أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما».

---

(1) GERARD FARJAT. Droit Prive de l`economie, Op, Cit., P. 354.
BORIS STARCK, Droit Civil, obligations, Op. Cit., P. 629.
et suiv, No. 1124 et suiv.

(٢) فضلا عن تعديله للمادة ١٢٣١ الخاصة بتخفيض الشرط الجزائى، فى حالة التنفيذ الجزئى، بنسبة ما عاد على الدائن من فائدة من وراء هذا التنفيذ الجزئى.

فالشرط الجزائى الذى يقل عن التعويض الحقيقى للضرر الذى أصاب الدائن يفسر على أنه اتفاق على تخفيف المسئولية. وبالتالى فإنه جائز طبقا للقواعد العامة. ولذلك إذا جاوز الضرر مبلغ التعويض الإتفاقى لا يحق للدائن، كمبدأ عام، أن يطالب إلا بالتعويض الإتفاقى. لكن لما كان الغش يفسد كل شىء، وكان الخطأ الجسيم يأخذ حكم الغش، فإن الدائن يملك أن يطالب بتعديل الشرط الجزائى، لصالحه، فى حالة ما إذا جاوز الضرر المبلغ المتفق عليه، وكان هناك غش أو خطأ جسيم فى حق المدين. والقاضى يزيد فى مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذى وقع. ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر فى الشرط الجزائى، لأن الدائن، فى اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض، لم يدخل فى حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم، ولاينبغى أن يحسب هذا الحساب.

وفى القانون الفرنسى لا تثور صعوبة فى تعديل الشرط الجزائى لصالح الدائن، لأن الرأى، هناك، على أن للدائن الحق فى أن يطالب بتعديل الشرط الجزائى فى حالة تجاوز الضرر لمبلغ التعويض المتفق عليه. ولكن ذلك مشروط، كذلك، بأن يثبت الدائن أن هناك غشا أو خطأ جسيما صدر من المدين(٢). وفى هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الإمتناع عمدا عن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، ولو لم يكن مصحوبا بسوء نية، يعطى للدائن الحق فى طلب تعديل الشرط الجزائى، ليرتفع حتى يصل إلى المبلغ الجابر للضرر الواقع عليه بكامله(٣).

ثانيا : الإعفاء من الشرط الجزائى :

يجمع الفقه(٤) على أن الشرط الجزائى ليس هو مصدر التعويض.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ٥٧٤.

(2) BORIS STARCK, Obligations, Op. Cit., P. 626, No. 126.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No. 78, P. 292.

(3) Cass, Comm. 22 fevr. 1977, Bull. Civ. IV, No. 58.

(٤) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الثانى - المجلد الثانى - سابق الإشارة - ص ١١١٦ - بند ٤٨٠.

ولكن يجد التعويض مصدره فى الإخلال بالالتزام العقدى وقيام المسئولية التعاقدية، سواء نشأت هذه المسئولية نتيجة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو نتيجة لتأخره فى هذا التنفيذ.

ويترتب على هذا القول، أن شروط استحقاق الشرط الجزائى تتمثل فى الخطأ العقدى فى جانب المدين، والضرر فى جانب الدائن، وعلاقة السببية بينهما.

ويترتب على التسليم بما يذهب إليه الفقه، أن الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى، والتى تقضى بأنه «لا يكون التعويض الإتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر»، لاتضيف جديدا للأحكام الموضوعية المتعلقة بالمسئولية العقدية، ويكون دورها، بالتالى مقصورا على الإثبات، أى مقصورا على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين. فالشرط الجزائى يترتب عليه افتراض أن الدائن قد أصابه ضرر من جراء تخلف المدين عن التنفيذ أو من جراء تأخره فيه، ويكون المدين ملزما، عندئذ، بدفع الجزاء المتفق عليه فى الشرط الجزائى، لكنه يستطيع أن يتحلل من هذا الإلتزام، إذا أثبت أن الدائن على الرغم من عدم التنفيذ، لم يصبه أى ضرر. فلو كان العقد، مثلا، متعلقا بتوريد كميات معينة من الحبوب، وامتنع المدين عن تنفيذ هذا الإلتزام، وتمكن الدائن من شراء نفس الكمية بذات المواصفات وبسعر أقل(١)، فلا يلتزم المدين، عندئذ، بسداد المبلغ المتفق عليه كشرط جزائى فى عقد التوريد، لأن الدائن لم يلحقه أى ضرر.

وعلى الرغم من عدم وجود نص مماثل لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى، فى القانون المدنى الفرنسى، إلا أن الرأى يجمع، هناك(٢)، على أنه يشترط لاستحقاق الدائن مبلغ الشرط الجزائى، أن

---

(١) لأى سبب من الأسباب كزيادة العرض أو إنتشار حالة كساد، أو زيادة كبيرة فى محصول هذا الصنف من الحبوب.

(2) BORIS STARCK, Obligations, Op. Cit., P. 627, No. 2116 et suiv.

GERARD FARJAT, Theorie des obligations, Op. Cit., P. 354.

تقوم فى حق المدين المسئولية التقصيرية، على اعتبار أن الشرط الجزائى بديل للمسئولية. فالفقه الفرنسى يرى أنه، حتى يستحق الدائن الشرط الجزائى، لابد من خطأ من المدين وضرر يلحق بالدائن وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، أما إذا لم يلحق ضرر بالدائن، من جراء إخلال المدين بالتزامه، فلا يحق للأول أن يطالب بالمبلغ المذكور فى الشرط الجزائى، لأنه لا يحق له أن يطالب بالتعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية: الجزاء يحل محل التعويض، الأمر الذى يقتضى أن تتوافر شروط استحقاق الأخير حتى يستحق الأول. وعلى ذلك، فإن فائدة الشرط الجزائى تظهر فى فرنسا - كما هو الشأن فى مصر - فى إعفاء الدائن من إثبات عناصر المسئولية العقدية، لقيام قرينة قانونية فى صالحه، مقتضاها أن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو تأخره فى التنفيذ يصيب الدائن بضرر يجبره المبلغ المتفق عليه كجزاء، وان كانت قرينة قابلة لإثبات العكس. فيستطيع المدين أن يثبت أنه، على الرغم من الإمتناع عن التنفيذ أو التأخر فيه، لم يلحق بالدائن أى ضرر، فيسقط، عندها، عن عاتقه، الإلتزام بدفع مبلغ الجزاء. لكن الفصل فى هذه المسألة يسند لقاضى الموضوع المعروض عليه الأمر. فهو وحده الذى يملك أن يرفع عن عاتق المدين مبلغ الجزاء المتفق عليه، أو أن يقرر أن المدين يلتزم بالسداد.

١٣٢ - تمييز دور القاضى فى الشرط الجزائى عن دوره فى تطويع العقد:-

إذا اعفى القاضى المدين من الشرط الجزائى، عندما يثبت له أن الدائن لم يصبه أى ضرر، أو إذا خفض الشرط الجزائى لتنفيذ المدين لجزء من التزاماته، فإنه لاتثور شبهة بين دور القاضى إزاء الشرط الجزائى وبين دوره فى تطويع العقد حتى يتلاءم مع الظروف الإقتصادية الجديدة. ففى الحالة الأولى يعمل القاضى قواعد المسئولية العقدية. فهو فى مواجهة تخلف عنصر من عناصر المسئولية، وهو عنصر الضرر، الأمر الذى أدى بها إلى الإنهيار. ولايمكن أن يسأل المدين ويلزمه بدفع مبلغ التعويض، المتمثل فى الجزاء المنصوص عليه فى الوقت الذى تخلفت فيه مسئوليته. أما فى الحالة الثانية المتعلقة بالتنفيذ الجزئى، فإن مسئولية المدين قد قامت ولكن جزئيا، لعدم تنفيذه لجزء من الإلتزامات الواقعة على عاتقه.

تبقى، بعد ذلك، حالتا تخفيض الشرط الجزائى، لصالح المدين، بسبب المبالغة فيه، وزيادة الشرط الجزائى لصالح الدائن، بسبب زيادة الضرر الواقع عليه على المبلغ المتفق عليه، كشرط جزائى، أو كما يقول القانون المدنى الفرنسى، بسبب كون الشرط الجزائى «تافها»(١). فى هاتين الحالتين قد يختلط دور القاضى، إزاءهما، بدوره فى تطويع العقد، الأمر الذى يوجب التمييز بين دورى القاضى.

يقوم التمييز بين الدورين، فى نظرنا، على أساسين اثنين: يتعلق الأول بتوافر أركان المسئولية العقدية أو تخلفها، على حين يتعلق الثانى بتاريخ نشأة سبب تدخل القاضى.

- فلا يلعب القاضى دوره إزاء الشرط الجزائى إلا إذا تأكد من أن أركان المسئولية العقدية قد توافرت فى حق المدين. وبمعنى آخر يؤدى قيام أركان المسئولية العقدية إلى تدخل القاضى إزاء الشرط الجزائى. لكن لا يتطلب الأمر قيام مسئولية فى حق أحد الطرفين، ليقوم القاضى بتطويع العقد، لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، وإنما يقوم بالتطويع بدافع إقامة العدالة أو التوازن العقدى بين آداءات كل طرف من أطراف العقد، ذلك التوازن الذى اختل بفعل ظروف خارجة عن إرادة الطرفين، وهو التغير الذى حدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها.

- وأكثر من ذلك، فإن سبب تدخل القاضى فى العقد، فى خصوص الشرط الجزائى - وهو إما أن يكون الشرط مبالغا فيه أو أن يكون تافها - يوجد منذ لحظة ابرام العقد فى حين أن سبب تدخل القاضى لتطويع العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة يتمثل فى أمر لاحق على ابرام العقد: وهو التغير الذى أصاب ظروف ابرام العقد الإقتصادية، والذى قاد إلى أن العقد، الذى كان متوازنا فى آداءاته عند ابرامه، صار غير متوازن، بفعل هذا التغير.

---

(١) على حد تعبير الفقرة الثانية من المادة ١١٥٢ من القانون المدنى الفرنسى.

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الشرط الجزائى لو صار تافها، أو على العكس، صار مبالغا فيه، بفعل تغير حدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، فإن تدخل القاضى فى هذا الشرط، بهدف جعله متلائما مع ماجد من ظروف، لا يقوم على القواعد المقررة بشأن الشرط الجزائى، وإنما يقوم، من وجهة نظرنا، على قواعد التطويع.

المبحث الثالث

تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى فى نظرية الغبن

١٣٣ - يعرف الغبن «بأنه عدم التعادل بين مايعطيه العاقد وما يأخذه»(١)، أو «أنه يوجد غبن عندما يكون ثمن مال أو خدمة، كما حدد فى العقد، مختلا إختلالا واضحا عن القيمة التجارية الموضوعية لهذا المال أو هذه الخدمة»(٢). ويعرف الغبن لدى الفقهاء المسلمين بأنه «عدم التكافؤ والتعادل بين البدلين فى عقود المعاوضة بما يخرجها عن مألوف الناس فى مبادلاتهم»(٣).

ويستخلص من هذا التعريف أن للغبن السمات التالية:

أولا : أن الغبن لايتصور فى عقود التبرع، وإنما ينحصر مجاله فى عقود المعاوضة. بل وفى داخل عقود المعاوضة يتحدد مجاله بالعقود غير الإحتمالية. فعقود التبرع لامبادلة فيها. والعقود الإحتمالية تقوم، بحسب طبيعتها، على مظنة حدوث غبن فيها.

ثانيا : أن النظر إلى قيمة الأشياء أو الخدمات، لتقدير ثمنها، يجب أن يكون بالنظر إلى قيمتها وقت التعاقد. فللقول بوجود غبن أم لا، يجب أن تقيم الأشياء بحسب الأسعار السائدة لحظة التعاقد. فإذا كانت قيمة أداءات طرفى العقد وقت التعاقد متكافئة، فلا يعتد بأى تغير يطرأ عليها، بعد ذلك.

وبذلك يفترق الغبن عن نظرية الظروف الطارئة، التى تفترض إختلال التعادل الذى كان قائما لحظة ابرام العقد، نتيجة التغير الذى حدث فى الظروف، التى ابرم العقد فى ظلها.

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ٤٧٦ - بند ٢٠٢. والغبن لا يعتبر عيبا فى الارادة، بل هو عيب من عيوب العقد، لأنه يؤخذ به ولو كانت الارادة سليمة من كل العيوب - الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - دار النهضة العربية - الجزء الثانى - طبعة ١٩٩٢ - ص ٢٣٢ - بند ١٢٧.

(2) BORIS STARCK, Obligations Op. Cit., P. 479. No. 1561.

(٣) المرحوم الشيخ على الخفيف - الغبن فى العقود - مجلة البحوث والدراسات العربية - العدد العاشر - ص ٢.

الدكتور خالد عبدالله عيد - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ١٤٠ - رقم ٢٠٤.

ثالثا : أن عدم التعادل الذى يتحقق به الغبن يتم بالنظر إلى قيمة الأشياء المادية، أى قيمتها فى ذاتها، بغض النظر عن قيمتها فى نظر الراغبين فيها. فقد ترتفع قيمة الشىء فى نظر طالبه لاعتبارات شخصية، كأن يكون الشىء متمخضا عن ذكريات تاريخية له. وقد تنخفض قيمة نفس الشىء بالنسبة لشخص آخر، بسبب فتوره منه لأسباب خاصة به، ولا صلة لها بالشىء فى ذاته. ولذا لايعتد بهذه النظرة الشخصية للأشياء.

رابعا : ان العبرة، فى الغبن، هى بعدم التعادل الفاحش، إذ أن الغبن اليسير لا تخلو منه المعاملات عادة، وذلك بسبب إختلاف «أنظار الناس فى التقويم والتقدير واختلاف حال السوق بسبب ذلك. وبخاصة إذا ما لوحظ مادرج عليه الناس من التسامح فى معاملاتهم، وذلك فى أمور يرونها تافهة أو قليلة القيمة لا يؤبه بها ولا تحسن المشاحنة فيها إلى درجة تعوق المعاملة وتقفها، وتلك أمور غير محدودة المقدار بينهم وتختلف بإختلاف الظروف والأحوال»(١).

وعلى الرغم من أن الفقهاء المسلمين قصروا الإعتداد بالغبن على عقود معينة، إلا أنهم اختلفوا، عند وضع الحدود الفاصلة بين الغبن الفاحش، الذى لايمكن التسامح فيه، وبين الغبن اليسير الذى جرى العرف على التسامح فيه، وبالتالى، لايؤثر فى العقد(٢). وقد تحاشت التشريعات المعاصرة هذا الخلاف حينما نصت على نسبة معينة، كالخمس أو السبع مثلا، واعتبرت مادونها يسيرا، وماجاوزها فاحشا ويؤثر فى الرابطة العقدية.

خامسا : خلافا لما يذهب اليه البعض(٣)، يستوى فى عدم التعادل أن يتعلق بأداءات غير نقدية أم بأداءات نقدية، وأخرى غير نقدية، إذ فى كلتى الحالتين، تختل قواعد العدالة التعاقدية إختلالا فاحشا يقتضى التدخل من أجل إقامة التوازن فى الأداءات المتبادلة للمتعاقدين(٤).

---

(١) المرحوم الشيخ على الخفيف - المقال السابق - ص ٤.

(٢) أشار إلى هذا الخلاف بالتفصيل المرحوم الشيخ على الخفيف فى مقاله السابق الإشارة.

(3) BORIS STARCK, Obligations, Op. Cit., P. 471, No. 1555.

(٤) فكما يقول J. GHESTIN أن العدالة التعاقدية تقود إلى أن العقد يجب ألا يؤدى إلى هدم التوازن القائم بين ذمتى المتعاقدين قبل الدخول فى الرابطة التعاقدية. وهذا يقتضى أن يتلقى كل متعاقد ما يساوى ماقدمه للمتعاقد الآخر.

JACQUES GHESTIN, L`utile et le Juste dans les contrats, D. 1982, Chron. I, P. 6.

والغبن، على التحديد السابق، يعتبر عيبا فى العقد، وآيته إختلال التعادل بين مايأخذه المتعاقد ومايعطيه إختلالا يتجاوز حدا معينا، يبينه الشارع فى كل حالة على حده، ويختلف، بالتالى، عن نظرية أخرى، هى نظرية الإستغلال، التى تأخذ بها بعض التشريعات المعاصرة، كالتشريع المدنى المصرى والتشريع المدنى الألمانى والتشريع المدنى السويسرى. وتقوم نظرية الإستغلال على أن هناك عدم تعادل فى آداءات المتعاقدين، نتيجة استغلال أحد المتعاقدين لضعف معين فى المتعاقد الآخر. وتجعل التشريعات التى تأخذ بالإستغلال منه نظرية عامة، على عكس الحال بالنسبة للغبن الذى أوردته فى حالات محددة لا يجوز إعماله فى خارجها.

ويتمثل الفارق بين الإستغلال والغبن فى أن الإستغلال لايقف الأمر فيه عند حد عدم التعادل الموضوعى فى أداءات الطرفين، بل يتطلب، أيضا، أن يكون عدم التعادل، هذا، وليد استغلال ضعف فى إرادة المتعاقد المستغل، على حين أن الغبن يكتفى فيه بمجرد عدم التعادل فى الأداءات المتقابلة.

كذلك، يفترق الغبن عن الإستغلال فى أن تحديد عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة يتم، فى الغبن، بالنظر إلى قيمة الأداءات فى ذاتها، فى حين أن تحديده، بالنسبة للإستغلال، يتم بالنظر إلى قيمة الأداءات فى نظر الراغبين فيها(١).

١٣٤ - حالات الغبن :-

يقوم الغبن عند جمهور الفقه الإسلامى على أنه، وإن كان يؤدى إلى إختلال المراكز الإقتصادية، إلا أنه لا يمس المراكز القانونية للمتعاقدين، مادام مجردا من الخديعة والإحتكار. ولذلك فإن المتعاقد المغبون يعد، عند جمهور الفقهاء المسلمين، مقصرا فى حق نفسه، لأنه لم يتحر الأسعار ولم يسأل عن البدل العادل. ومن هنا فلا يحق له، عندهم، طلب فسخ العقد أو إبطاله لهذا السبب.

لكن الفقهاء المسلمين يستثنون من هذا الأصل كل مايتعلق بحقوق اليتيم، وحقوق الوقف، وحقوق بيت المال، ويحرمون بالنسبة لها، الغبن الفاحش، حتى

---

(١) الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - المرجع السابق - بند ١٢٢ - ص ٢١٢.

وان كان مجردا من الغش والإحتكار. والسبب فى هذا الإستثناء هو أن هذه الجهات فى حاجة دائمة إلى الحماية، لاحتمال تهاون القائمين عليها فى صيانة حقوقها(١).

ويقوم الغبن فى القانونين المصرى والفرنسى على الحصر فى حالات محددة، على عكس الإستغلال الذى تبنى له القانون المدنى المصرى نظرية عامة تسرى أحكامها على العقود كافة. ويمكن أن يجمل الهام(٢) من حالات الغبن فى الآتى:

---

(١) ويضيف الحنابلة إلى هذه الإستثناءات حالتين أخرتين يمنعان فيهما الغبن الفاحش، ولو كان مجردا من الغش أو الخديعة. هاتان الحالتان هما تلقى الركبان وحالة الشخص المسترسل - الدكتور خالد عبدالله عيد - المرجع السابق - ص ١٤٠ ومابعدها - فقرة ٢٠٤ ومابعدها.

أما الحنفية فإنهم يعتدون بالغبن، ولو كان يسيرا، فى سبع حالات، هى:

أولا : تصرف المريض مرض الموت، إذا كان مدينا بدين محيط بماله.

ثانيا : بيع عقار الصغير والسفيه والمعتوه والمجنون وأموال بيت المال والوقف.

ثالثا : العقود الربوية.

رابعا : بيع أو شراء ماله قيمة معلومة لدى العامة كالخبز واللحم ونحوهما.

خامسا : بيع الوكيل لمن تجوز شهادته له.

سادسا : رب المضاربة إذا باع مال المضاربة.

سابعا : الوارث إذا اشترى من مورثه فى مرض الموت.

(٢) نقول الهام منها لأن هناك حالات أخرى للغبن سواء فى القانون المدنى المصرى كما فى عقد الشركة (المادتان ٥٠٩ و ٥١٠) أو فى عقد القرض بفائدة (المادة ٥٤٤) أو عقد الوكالة (المادة ٢/٧٠٩)، أو فى القانون الفرنسى، سواء بمقتضى احكام القانون المدنى كما فى حالة القصر غير المأذونين الذين تخولهم المادة ١٣٠٥ من القانون المدنى نقض أى اتفاق للغبن المجرد، وكما فى حالة بائع العقار الذى يغبن بما يجاوز ١٢:٧ من قيمة العقار (المادة ١٦٧٤)، أو بمقتضى قوانين خاصة، صدرت هناك، مثل:-

١ - قانون ٨ يوليو ١٩٠٧ المعدل بقانون ١٠ مارس لسنة ١٩٢٧ والذى يعطى لمشترى البذور أو الأسمدة أو الشتلات، بقصد الزراعة، حق طلب تخفيض الثمن أو التعويض إذا أصابه غبن يتجاوز الربع.

٢ - قوانين الإيجار الصادرة هناك منذ ١٩١٤ والتى تعطى للمستأجر الحق فى طلب تخفيض الأجرة إذا ماتجاوزت، فى الإتفاق المبرم بينه وبين المؤجر، الحد الأقصى المحدد بمقتضى القوانين المعمول بها.

٣ - قانون ١٤ ديسمبر ١٩٢٦ وقانون ٥ نوفمبر ١٩٥٣ وغيرهما من القوانين التى تحرم بعض المعاملات لشبهة إحتوائها على غبن.

٤ - قانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥ وقانون ١٧ يوليو ١٩٣٧ اللذان يخولان مشترى المتجر حق تخفيض الثمن إذا أصابه من الشراء غبن يتجاوز ٣٣٪ من الثمن.

٥ - قانون ١١ مارس ١٩٥٧ الخاص بحقوق المؤلف، والذى يخول المؤلف =

أ - الغبن فى عقد القسمة:-

ورد النص على غبن المتقاسم فى المادة ٨٤٥ من القانون المدنى المصرى، التى تقضى بأنه «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكن العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعى نقدا أو عينا مانقص من حصته».

ويقابل هذا النص المادة ٨٨٧ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأنه «يمكن نقض القسمة بسبب الإكراه أو الغش، ويمكن أيضا، نقض القسمة عندما يثبت أحد المتقاسمين غبنا وقع عليه يزيد على الربع.

ولايفتح الباب لنقض القسمة مجرد ترك أحد عناصر «المتقاسم فيه».

- حق نقض الاتفاق الذى باع بمقتضاه حق نشر مؤلفه الأدبى أو الفنى جزافا، إذا غبن فى هذا البيع غبنا يتجاوز ١٢:٧.

٦ - القانون رقم ١٠١٠ لسنة ٦٦ الصادر فى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٦ والذى يحرم الربا فى عقد قرض النقود وفى عقود الإئتمان التى تتم بصدد البيع بالتقسيط، ويعطى الحق للمدين إذا ماكان قد وافق على فائدة تزيد على الأسعار المعمول بها عند الاقتراض أو عند الاستفادة من الإئتمان بنسبة الربع، فى استرداد مازاد عن فوائده القانونية.

٧ - القانون رقم ٥٤٥ لسنة ٦٧ الصادر فى ٧ يوليو ١٩٦٧، والخاص بالحوادث البحرية، الذى يخول المتعاقد فى عقد المساعدة البحرية حق طلب ابطال الاتفاق أو تعديله، قضائيا، إذا كانت شروطه غير عادلة.

٨ - قانون ٣ يناير ١٩٦٨ الذى يخول البالغين الموضوعين تحت الحماية العدلية أو الموضوعين تحت الوصاية دعوى نقض التصرفات التى يكون فيها غبن لهم.

٩ - القانون رقم ٥٧٩ لسنة ٧١ الصادر فى ٩ يوليو ١٩٧١ والخاص بالإنشاءات المختلفة التى تقوم بها الشركات التى تنشأ بهدف إقامة المبانى وتوزيعها على الأعضاء، والذى أعطى الشريك دعوى استرداد مادفعه زائدا، عندما يكون ما التزم به مجاوزا مايجب أن يلتزم به بنسبة الربع. وفى المقابل أعطى لكل شريك فى الشركة أن يطلب، ممن يقدم أقل مما يجب بمقدار الربع، أن يقدمه.

وإنما يؤدى ذلك إلى طلب تكملة القسمة فقط»(١).

ب - الغبن فى بيع العقار:

نصت المادة ٤٢٥ من القانون المدنى المصرى على حكم الغبن فى بيع العقارات، فقضت بأنه «إذ بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع». وورد هذا الحكم، ولكن بصورة أوسع، فى المادة ١٦٧٤ من القانون المدنى الفرنسى والمواد التالية عليها. فالمادة ١٦٧٤ تنص على أنه «إذا ما أصابت البائع خسارة تزيد على ١٢:٧ من ثمن العقار حق له أن يطلب نقض البيع حتى ولو تنازل صراحة، فى العقد، عن إمكانية النقض»، وتضيف المادة ١٦٧٥ النص على أنه «لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على ١٢:٧ يجب تقدير العقار طبقا لحالته وقيمته وقت البيع».

إذن يمكننا، من خلال هذه النصوص، أن نلاحظ أن هناك أوجه اتفاق وأوجه إختلاف بين التشريعين المصرى والفرنسى. فالتشريعان يتفقان على اشتراط أن ينصب البيع على عقار. فبيع المنقول لا يدخل تحت الحكم الوارد فى هذه النصوص، وهو مايبرر بأن المنقولات توصف عادة بأنها تافهة القيمة، بعكس العقارات، فضلا عن أن قيمة العقارات تكاد أن تكون غير مختلفة، على

---

(1) (les partages peuvent etre rescindes pour cause de violence ou de dol.
Il peut aussi y avoir lieu a rescision, lorsqu`un des coheritiers etablit, a son prejudic, un lesoin de plus de quart, La simple omission d`un objet de succession ne donne pas ouverture a l`action en rescision, mais seulement a un supplement a l`acte de partage).

عكس المنقولات التى تختلف قيمتها بحسب نظرة وحاجة الأشخاص اليها، وبحسب مكان التعامل فيها. ويتفق التشريعان، أيضا على قصر الحق فى التمسك بالغبن على البائع وحده، دون المشترى، على أساس أن الحاجة إلى المال يمكن أن تقود إلى اكراهه على البيع: فالبائع قد يكون فى حاجة إلى نقود تكرهه على البيع، ومن هنا يكون لحمايته أساس فى الإكراه، بعكس المشترى(١).

لكن يختلف التشريعان، أولا، فى النسبة المحددة فى كل منهما للتمسك بالغبن: فهى فى التشريع المصرى ٥:١ على حين أنها فى التشريع الفرنسى ١٢:٧. أى أن التشريع الفرنسى يتطلب نسبة خسارة كبيرة للبائع على عكس التشريع المصرى الذى يكتفى بنسبة أقل من ذلك للتمسك بالغبن. ويختلف التشريعان ثانيا، فى مدى تطبيق أحكام الغبن. فهى فى التشريع الفرنسى عامة بحيث تشمل كل من يبيع عقارا، على حين أنها فى القانون المصرى مقصورة على بائعى العقارات الذين لاتتوافر لديهم الأهلية الكاملة.

١٣٥ - دور القاضى إزاء الغبن:-

يلعب القاضى إزاء نظرية الغبن دورا مزدوجا: فهو من ناحية يقوم بتقدير ما إذا كان هناك غبن أم لا، وما إذا كان الغبن فى الحالة الأولى قد وصل إلى النصاب الذى حدده القانون أم لم يصل إلى هذا النصاب، أى معرفة ما إذا كان الغبن فاحشا يجب علاجه أم أنه يسير لايؤثر فى الرابطة العقدية. صحيح أن القاضى قد يستعين فى ذلك بآراء أهل الخبرة، لكن تظل له الكلمة النهائية فى هذا الشأن، لأنه كما تقول محكمة النقض هو الخبير الأعلى فى الدعوى(٢). والقاضى من ناحية أخرى، وبعد أن يتبين له أن الغبن قائم

---

(1) ALEX WEILL et Francais TERRE, les obligations Op. Ci., No. 200, P. 232.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٣/٢٠ فى الطعن رقم ٩٩٢ لسنة ٥٠ ق، ونقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٥/٣٠ فى الطعن رقم ١٢٥٣ لسنة ٤٨ ق، ونقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٦/٦ فى الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٤٩ ق. مشار إليها فى موسوعة مبادىء النقض فى الإثبات للمستشار أحمد هبة، الطبعة الأولى (١٩٨٥) - ص ٤٢، ٥٨، ٥٩.

وفاحش، يراقب طلب البائع ابطال عقد البيع أو عقد القسمة فهو قد لايجيب البائع إلى طلبه إذا ما رأى أن هذا الطلب يتناقض ومبادىء حسن النية، وهو لايجيبه إلى طلبه، على الخصوص، إذا عرض الطرف الآخر رفع الغبن بأن قدم، عينا أو نقدا، ما يجعل أداءات الطرفين متعادلة.

١٣٥ - تمييز دور القاضى ازاء الغبن عن دوره فى تطويع العقد:

يمكن تمييز هذا الدور من عدة نواح: فإذا كان الغبن يتحدد بالنظر إلى قيمة الأداءات وقت ابرام العقد فإنه يتميز، لذلك، عن التطويع القضائى الذى يقوم سببه بعد فترة من إبرام العقد. فالتغير الحادث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها يؤدى إلى إختلال التوازن العقدى الذى كان قائما وقت ابرام العقد مما يقود إلى ضرورة تدخل القاضى لتطويع العقد، لادخال حكم المستجدات فى الإعتبار. أما الغبن فهو أمر قائم منذ لحظة إبرام العقد، ولا ينظر، بصدده، إلى مستجدات الظروف الإقتصادية.

ومن ناحية ثانية، فإن تدخل القاضى إزاء الغبن مقصور على العقود المنصوص عليها تشريعيا دون سواها، فى حين أنه يتدخل فى جميع العقود التبادلية ان تعلق الأمر بالتطويع لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة.

كذلك يتميز التطويع القضائى عن الغبن، فى الدور الذى يمكن أن يقوم القاضى به. فدور القاضى مقصور فى الغبن على إما أن يجيب الطرف المغبون إلى طلبه إبطال العقد(١)، وإما أن يرفض هذا الطلب ويعدله إلى رفع الغبن. أما فى التطويع القضائى فإن للقاضى سلطة أوسع نسبيا تساعده على إقامة العدالة بالكيفية التى يراها مناسبة لمصلحة الطرفين.

وأخيرا فإنه يمكن تمييز التطويع القضائى عن الغبن، فى أن القاضى لايتقيد فى التطويع بنسبة أو درجة إختلال العدالة، بل أنه قد يرى بالنظر

---

(١) إن طلب المغبون ذلك، لأن للمغبون الحق فى أن يطلب مجرد رفع الغبن لإبطال العقد. وعندئذ يتقيد القاضى بهذا الطلب، ولا يملك أن يعدله إلى البطلان، وإلا عد قاضيا بأكثر مما يطلبه الخصوم.

إلى ظروف القضية المعروضة عليه، أن العدالة التعاقدية إختلت، بالرغم من أن الخسارة التى أصابت الطرف المدعى بسيطة، أو العكس، فقد ترتفع الخسارة التى تحل بالمدعى ويرى القاضى، على الرغم من ذلك، أن العدالة التعاقدية لم تختل، بدرجة تستدعى تدخله لتطويع العقد. وعلى العكس فى الغبن حيث يتقيد القاضى بالنسبة التى نص عليها المشرع. فإن لم تصل الخسارة التى حلت بالمدعى إلى النسبة التى حددتها القوانين فلا يمكن للقاضى أن يتدخل ويبطل العقد أو يرفع الخسارة، باسم الغبن(١).

---

(١) يجب ألا يفوتنا فى الأخير أن نشير إلى أن الفقه الفرنسى قد اختلق فكرة «الغبن اللاحق» ليتحاشى استخدام «تعبير الظروف الطارئة» التى حاربتها، ولازالت تحاربها بشدة محكمة النقض الفرنسية. (الدكتور عصمت عبدالمجيد - الغبن اللاحق وموقف القانون العراقى منه - العدالة - السنة الرابعة - العدد الأول - ص٤٠)، وهو مايجب الا يختلط بنظرية الغبن المعروفة.

المبحث الرابع

تمييز التطويع القضائى عن دور القاضى فى نظرة الميسرة

١٣٦ - نصت المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى، فى فقرتها الثانية(١)، «على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». ونصت المادة ١٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى، فى فقرتها الثانية(٢)،(٣)، على أن «يستطيع القاضى. على الرغم من ذلك، ومع الأخذ فى الإعتبار حالة المدين ومصالح الدائن، أن يؤجل أو يجزء سداد المبلغ الواجب السداد، وذلك فى حدود سنتين»(٤). ومفهوم هذين النصين أن للقاضى سلطة استثنائية يستطيع، بمقتضاها، أن يمنح المدين، الذى حل ميعاد الوفاء بدينه أجلا، أو عدة آجال، يسدد فيها دينه، ان مر هذا المدين بظروف تبرر ذلك. وعلى هذا الأساس تعرف نظرة الميسرة بأنها إعفاء المدين من وفاء التزامه فى الأجل المضروب للوفاء، ومنحه أجلا جديدا آخر، يسدد فيه الدين ان إقتضت ظروفه ذلك ولم يلحق الدائن ضرر، من جراء هذا التأجيل.

واستنادا إلى هذا التعريف يمكننا القول بأن المدين لا يستطيع الحصول

---

(١) بعد أن حددت، فى فقرتها الأولى، ميعاد الوفاء بالإلتزام العقدى.

(٢) بعد التعديل الذى نص عليه القانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ بتاريخ ٩ يوليو.

(٣) بعد أن حرمت، فى فقرتها الأولى، على المدين إجبار الدائن على تقبل تنفيذ جزئى للدين حتى ولو كان هذا الأخير قابلا للتجزئة.
بعد تعديل ٢٠ أغسطس عام ١٩٣٦.

(٤) كذلك ينص الفصل ٢٤٣ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى فى فقرته الثانية المضافة بموجب ظهير ١٨ مارس ١٩١٧ على أنه «يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة فى نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وان يوقفوا إجراءات المطالبة، مع بقاء الأشياء على حالها» وقد انتقل هذا النص إلى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٠ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

على نظرة الميسرة فى كل وقت. بل هو يحصل عليها إذا رأى القاضى أن الشروط المطلوبة قانونا قد توافرت فى حقه.

والشروط التى تخول المدين طلب نظرة الميسرة تتمثل فى:

أولا : إن حالة المدين تستدعى أن يمنحه القاضى نظرة الميسرة. وبحث ما إذا كانت حالة المدين تستدعى ذلك يقوم على إعتبارات متعددة. فيجب أن يكون المدين حسن النية فى توقفه عن دفع ديونه، وهو يكون كذلك إذا كان هذا التوقف لفترة طارئة يقدر القاضى أنها فى طريقها إلى الزوال. فمن أصيب بعرض ترتب عليه أنه لم يتمكن من بيع محصولاته ليقوم بالسداد منها، مثلا، كان فى ظروف تستدعى أن يمنحه القاضى نظرة ميسرة، إن توافرت الشروط الأخرى. ويقوم هذا البحث ومايترتب عليه من منح المدين، أو عدم منحه، نظرة الميسرة على السلطة التقديرية للقاضى، دون معقب عليه فى ذلك(١).

ثانيا : أن الدائن لايلحقه من هذا التأجيل ضرر جسيم، على حد تعبير

---

(١) وفى ذلك تقول محكمة النقض أن «المهلة التى يجوز للمحكمة أن تمنحها للمدين لتنفيذ التزامه متى استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرر جسيم، إنما هى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - من الرخص التى خولها المشرع لقاضى الموضوع بالفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدنى إن شاء أعملها وانظر المدين إلى ميسرة وإن شاء حبسها عنه بغير حاجة منه إلى أن يسوق من الأسباب مايبرر به ما استخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها» نقض مدنى جلسة ١٩٦٩/١١/١١ فى الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٥ ق - م نقض م - س ٢٠ - ص ١١٩٣ - بند ١٨٤)، وبأن «إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادتين ٢/١٥٧، و ٢/٣٤٦ من القانون المدنى هو من الرخص التى اطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه» نقض مدنى بجلسة ١٩٦٨/٥/١٦ فى الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - س ١٩ - ص ٩٦٢ - بند ١٤٣).
Cass, Civ., Section Comm., 21 Jan. 1953, D. 1953, P. 197.
Ausi Cass. Civ. section social, 12 Avril 1956, D. 1956. P. 110.

المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى. فالقاضى فى منحه المدين نظرة ميسرة، يستند إلى أن قواعد العدالة تبرر ذلك. لكن يتناقض وقواعد العدالة أن يصاب الدائن. وهو صاحب حق فى الوفاء فى الميعاد المحدد، بضرر جسيم من جراء التيسير على المدين. فإذا كان الدائن قد رتب أموره على أساس أنه سوف يستوفى حقه فى الميعاد، وأن أى تأخير سوف يصيبه بضرر جسيم، كأن كان ميترتب على هذا التأخير أن يتوقف هو عن سداد ديونه فى مواعيدها مما يؤدى إلى شهر إفلاسه، يمتنع على القاضى أن يمنح المدين، فى مثل هذه الظروف، نظرة الميسرة.

لكن الملاحظ أن المشرع لم يكتف بأى ضرر يصيب الدائن، ليحرم المدين من نظرة الميسرة، بل أنه اشترط أن يصل مثل هذا الضرر إلى درجة معينة من الخطورة. فهو قد أوجب أن يكون هذا الضرر جسيما. لكننا نرى أن يترك أمر تقدير جسامة الضرر، من عدمه، إلى القاضى المعروض عليه النزاع، ليفصل فيه، طبقا لظروف الواقع الخاصة بكل حالة على حدة. وعلى عكس المشرع المصرى، لم يتطلب المشرع الفرنسى(١)، ليمنح القاضى المدين نظرة الميسرة ألا يصيب الدائن، من جراء ذلك، ضرر، بل أن القاضى الفرنسى يمكنه منح المدين نظرة الميسرة، ولو تضرر الدائن من جراء ذلك، حتى ولو كان الضرر الواقع عليه جسيما.

ثالثا : ألا يمنع القانون القاضى من منح المدين نظرة الميسرة، إذ أن المشرع، عندئذ، يكون هو الحكم فى تحقيق العدالة بين الطرفين. وقد رأى أن العدالة تتحقق، فى الحالات التى يمنع فيها القاضى من منح المدين نظرة الميسرة، بتنفيذ الأداء فى وقت استحقاقه. ومن أمثلة الحالات التى منع فيها القانون القاضى من منح المدين نظرة الميسرة مانصت عليه المادة ٤٦١ من

---

(١) ومن بعده المشرعان المغربى والموريتانى. فهذان التشريعان لا يتطلبان، كذلك، أى شروط تتعلق بالدائن.

القانون المدنى المصرى التى تقضى بأن «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك. وهذا مالم يوجد اتفاق على غيره». فلا يجوز للقاضى، تبعا لهذا النص، أن يمنح المشترى نظرة ميسرة إن تأخر عن دفع الثمن فى الميعاد المحدد.

وعلى الرغم من أن المادة ١٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى لم تشر إلى شرط عدم وجود نص قانونى يحرم على القاضى منح المدين نظرة الميسرة، إلا أنه يجب أن يكون محل اعتبار، عندما ينظر القاضى فى مسألة منح المدين نظرة الميسرة. والسبب فى ذلك أن ذكره فى المواد المتعلقة بنظرة الميسرة هو مجرد تكرار لذكره فى الحالات الخاصة. ولذلك فإنه كان سيعمل به فى مصر حتى ولو لم تنص عليه المادة ٤٦١ من القانون المدنى.

رابعا : وفيما يتعلق بمدة الأجل الذى يجوز للقاضى منحه للمدين نص القانون المدنى الفرنسى على ضرورة ألا يجاوز هذا الأجل عامين. ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قاضى الموضوع لا يملك أن يمنح المدين مجموعة من الآجال تجاوز فى جملتها السنة(١)، وإن كان قد قضى هناك بأن محكمة الإستئناف تستطيع أن تمنح المدين نظرة ميسرة، لا تجاوز السنة، على الرغم من أنه قد سبق له وحصل من محكمة أول درجة على نظرة ميسرة(٢). أما فى مصر، فإن المشرع لم يورد تحديدا للمهلة التى يمنحها القاضى للمدين، وإن كان الفقه يقيده بضرورة أن تكون هذه المدة هى المدة المعقولة، التى تمكن المدين من تدبير أموره، وفى نفس الوقت لاتعطل الدائن عن قضاء شئونه(٣).

---

(١) وذلك قبل ان يرفع المشرع الفرنسى هذا الأجل إلى سنتين بموجب تعديل ١٩٨٥.
Cass. Civ., 6 Juillet 1959, D, 1959, 393.

(2) Cass. Civ., (ASS. PLEN), 30 Avril 1964, D, 1965, Jurs. 95.

(٣) الأستاذ محمد كمال عبدالعزيز - التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - المرجع السابق - ص ١٠٤٧.

١٣٧ - دور القاضى ازاء نظرة الميسرة:-

من العرض السابق، يمكننا القول أن القاضى يقوم فى نظرة الميسرة بدورين إثنين:-

أولهما : أنه يبحث ظروف المدين لإستخلاص ما إذا كانت حالته تستدعى منحه نظرة الميسرة أم لاتستدعى ذلك، ثم يبحث ظروف الدائن لمعرفة ما إذا كانت لاتتعارض ومنح المدين نظرة الميسرة أم أنها تتعارض معها. ويتعلق هذا البحث بمسائل الواقع. لذلك يترك أمرها للقاضى دون رقابة عليه، فى هذا الشأن، من محكمة النقض.

وثانيهما : أنه يحدد المدة المعقولة(١) التى تحقق الغرض من منح المدين نظرة الميسرة. فهو الذى يبين المدة التى يمكن للمدين، بعدها، أن يقال من عثرته ويقوم بسداد ديونه، والتى لا تتعارض مع المصالح المشروعة للدائن(٢) فى ألا يصاب بضرر جسيم من جراء طولها. والبحث هنا يتعلق بواقع يترك أمره للسلطة التقديرية للقاضى، بدون رقابة عليه من محكمة النقض.

ويحكم القاضى، فى قيامه بدوره إزاء نظرة الميسرة، تحقيق اعتبارات العدالة بين طرفى الإلتزام. فالعدالة هى التى تدفعه إلى منح هذا الأجل للمدين متى اقتضت ظروفه ذلك، والعدالة هى التى تدفعه إلى رفض منح هذا الأجل إذا كانت ظروف الدائن تتعارض معه، بأن كان سيصيبه بخسارة فادحة، أو كان لا يجدى فى ظروف المدين، كأن كانت عثرته لايتوقع له النهوض منها. والعدالة، أخيرا، هى التى تحدد المدة المعقولة لهذا الأجل فى ظل القانون المدنى المصرى الذى لم يحدد أجلا لهذه المدة، أو فى ظل القانون الفرنسى الذى لايتجاوز فيه الأجل مدة السنتين.

---

(١) بشرط ألا تجاوز السنتين فى فرنسا.
(٢) مع ملاحظة أن القانون الفرنسى لايقيد القاضى فى منح المدين نظرة الميسرة بمثل هذا الشرط وكذلك القانونان المغربى والموريتانى.

١٣٨ - وإذا كانت قد وردت، بشأن نظرة الميسرة، نصوص خاصة فى جل التشريعات المعاصرة، فإن ذلك لايقود - فى نظرنا - إلى القول بأنها تفترق عن فكرة تطويع العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، بل إنها على العكس، تعد، واحدة من التطبيقات التشريعية للتطويع. فعلاقة نظرة الميسرة بفكرة تطويع العقد، لملاءمته مع الظروف الإقتصادية المتغيرة، تعد علاقة خاص بعام، أو بعض بكل. فتطويع العقد يقوم على تغيير الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها، مما يرتب إختلالا فى العدالة التعاقدية، إختلالا يستوجب تدخل القاضى لعلاجه ونظرة الميسرة تعد واحدة من الأمثلة الواضحة على إعمال حكم تغير ظروف ابرام العقد الإقتصادية، أى تعد صورة من صور تطويع العقد لجعله متلائما مع الظروف الإقتصادية الجديدة.

الفصل الثانى

وسائل القاضى فى تطويع العقد

١٣٩ - يجب أن نؤكد، فى البداية، على ماقاله بعض الفقهاء من «أن جميع الأحكام التى يصدرها القضاة لها غايات أساسية ترتكز عليها. وسواء أكانت هذه الغايات إقتصادية أم إجتماعية أم أخلاقية، فهى ترتكز أولا وبالذات على الغاية الأصلية، وهى السياسة العامة للبلاد وللدولة». فمثلا «لايمكن للقاضى الرأسمالى فى مبادئه أن يصدر أحكاما ذات صبغة اشتراكية، أو العكس، لأن ذلك من المتناقضات(١)»، وتمثل هذه الغايات مجموعة من الموجهات التى يستنير بها القاضى سواء فى تفسير النصوص القائمة، أو حتى فى خلق الحكم الجديد الذى يحسم النزاع المعروض عليه.

لذا، فلا غرو أن نجد أن بعض نصوص القانون المدنى الفرنسى المطبقة فى بلجيكا تفسر عند التطبيق، هناك، فى بعض الأحيان، تفسيرا مختلفا عن تفسير القضاء الفرنسى لها، ونجد أن مشكلة نقص التشريع يسدها القاضى فى البلدان الرأسمالية بخلق قاعدة تغاير القاعدة التى يخلقها نظيره فى البلدان الإشتراكية عند عرض الأمر عليه.

فالقضاة يستلهمون أحكامهم من الإتجاه السياسى العام فى البلاد. وهذا الإتجاه يحدد الغايات الإقتصادية والإجتماعية والأخلاقية للدولة، وهى غايات تختلف، بالضرورة، من دولة إلى أخرى مما يجعل الأحكام، أيضا، مختلفة، فى خصوصها، من دولة إلى أخرى.

لكن هذا الذى تقدم لا يمنعنا من التأكيد على أن الأدوات التى

---

(١) مصطفى أحمد بلخيرية المستشار لدى محكمة الإستئناف بتونس - رسالة القاضى - بحث موجز فى مشاكل الصناعة القضائية وأسسها وفوائدها فى المجتمع - طبعة الإتحاد التونسى للشغل - ١٩٨٠ - ص ٦٨ ومابعدها.

يستخدمها القاضى من أجل تطويع العقد لا تختلف فى خطوطها العريضة من دولة إلى أخرى. فهى فى كل الدول لا تخرج عن أن تكون إما تفسيرا لنص قانونى قائم بطريقة تتفق والتغير الحادث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، أو خلقا لحكم غير موجود فى النصوص القائمة، من أجل حسم النزاع المعروض عليه.

وعلى ذلك، فإن دراسة هذا الفصل تقتضى بحث كل من هاتين الأداتين اللتين يمكن أن يستخدمهما القاضى عندما يقوم بتطويع العقد من أجل مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، فى مبحثين على النحو الآتى:-

المبحث الأول : تطويع العقد عن طريق التفسير.

المبحث الثانى : تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية.

المبحث الأول

تطويع العقد عن طريق التفسير

١٤٠ - حينما نتكلم عن التفسير كأداة يستطيع بها القاضى أن يتوصل إلى تطويع العقد، لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، يجب أن يغطى ذلك تفسير بنود العقد وتفسير قواعد القانون التى تحكم هذا العقد، وذلك بالطريقة التى تتلاءم مع ماجد من ظروف.

ولذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو التالى:-

المطلب الأول : تفسير العقد.

المطلب الثانى: تفسير قواعد القانون التى تحكم العقد.

المطلب الأول

تفسير العقد

١٤١ - إستنادا لنص المادة ١٥٠ من القانون المدنى المصرى(١)، والمواد ١١٥٦ ومابعدها من القانونى المدنى الفرنسي، حدد الفقه(٢) حالات ثلاث لتفسير العقد: حالة ما إذا كانت عبارة العقد واضحة، وحالة ما إذا كانت هذه العبارة غامضة، وأخيرا، حالة ما إذا قام شك فى تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين رغم مايبذله القاضى المعروض عليه النزاع من محاولات لاستبيان هذه الإرادة.

ففيما يتعلق بالحالة الأولى، والتى تكون فيها عبارات العقد واضحة، يخرج الأمر من تحت يد القاضى. فالقاضى، فى هذه الحالة ملتزم بإعمال إرادة العاقدين، والزامهما بها. فلو أن المتعاقدين ضمنا عقدهما - فى عبارات واضحة تعبر عن نيتهما الحقيقية - شرط القيمة المتغيرة أو شرط المراجعة الدورية لإلتزاماتهما، التزم القاضى بإعمال مثل هذه الشروط والزم بها طرفى الرابطة العقدية، دون أن يستطيع، عن طريق التفسير، أن ينحرف بها عن معناها الواضح الجلى الذى يعبر عن إرادة الطرفين.

من هنا تخرج هذه الحالة من نطاق مسألتنا المطروحة الخاصة بكيفية

---

(١) التى تقضى بأنه «١- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

٢- اما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات».

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - ص ٨٨١ ومابعدها - فقرة ٣٨٩ ومابعدها.

وأيضا، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة بالفقه الغربى - جـ ٦ - بدون سنة طبع - دار إحياء التراث - بيروت - ص ٨.

الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ٧٩٧ ومابعدها بند ٢٨٦ ومابعده.

مواجهة التغيير الطارىء فى الظروف الإقتصادية عن طريق تفسير العقد. يؤيد هذا القول نص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من القانون المدنى المصرى سالفة الذكر التى تقضى بأنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الإنحراف عنها، عن طريق تفسيرها، للتعرف على إرادة العاقدين». وبمعنى آخر فإنها تقضى بأنه لامحل للقول بالتفسير إذا كانت عبارات العقد واضحة، بحجة التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين أو بأية حجة أخرى. فوضوح العبارات الواردة فى العقد يهدى القاضى إلى الحكم الذى ارتضاه الطرفان. لكن «لايفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها. بل إن القاضى قد يجد نفسه فى حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها، وارتفع عنها اللبس والإبهام، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة. فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لايستقيم له هذا المعنى، بل هو واضح فى معنى آخر. ففى هذه الحالة لايأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان. وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح، بل وينحرف عن معناه الظاهر، دون أن يحرفه أو يمسه أو يشوهه(١)»، وإن كان ذلك لا يغير من أن هذه الحالة تخرج من مجال التطويع بالتفسير.

والحالة الثالثة الخاصة بقيام شك لدى القاضى فى معرفة الحكم الذى ينطق به لحسم النزاع المعروض - وبالفرض أن النزاع يتعلق بكيفية إعمال أثر التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية على الإلتزامات المتولدة عن العقد على عاتق كل من طرفيه - لاتخرج، فى خصوص موضوع التطويع عن طريق التفسير، عن الحكم الخاص بالحالة الثانية. ففى كلتى الحالتين لاتكون أمامنا عبارات واضحة تهدينا، مباشرة، إلى الحكم الواجب تطبيقه على النزاع، وإنما نكون، فى الحالتين، فى حاجة إلى التفسير.

---

(١) السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المرجع السابق - ص ٨١٢ ومابعدها - بند ٣٩١.
ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, les obligations, Op. Cit., P. 404, No. 356.

ولما كان التفسير يجب أن يكون - كما سنرى - واسعا. بمعنى أننا سوف نعطى للقاضى إمكانية الإلتجاء إلى كل الوسائل التى تعينه على إجلاء غموض العبارات، فإنه لا يجوز للقاضى أن ينتهى إلى القول بوجود شك يفسر لمصلحة المدين باستثناء عقود الإذعان، وإنما عليه أن يلجأ إلى وسائل أخرى للتفسير، إذا إنتهى شوطه الأول فى البحث إلى وجود مثل هذا الشك. فيجب على القاضى أن يصل فى أى من الحالتين إلى حكم ينهى النزاع مبنى على القطع دون أى شك. وبذلك يكون إدماج الحالة الثالثة من حالات التفسير التى يقدمها الفقه فى الحالة الثانية له مايبرره من المنطق.

وعلى هذا الإساس نستطيع القول بأن حالات العقد واضح العبارة غامض الإرادة والعقد غامض العبارة والعقد الذى يثور الشك فى مدى الإلتزام المتولد عنه تدخل تحت يد القاضى ليجرى عليها التفسير، متى كان لذلك مقتض.

وللتفسير يستعين القاضى بكل الوسائل التى تعينه على رفع اللبس والغموض، ومنها يجد مدخله لإعمال حكم التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية، أى يجد فرصته لتطويع العقد. والوسائل التى توصل القاضى إلى تطويع العقد عن طريق تفسيره تتمثل فى تبنيه لما يسمى بالتفسير الواسع، بما يقود إليه من استناد إلى مبادئ العدالة ومبادئ حسن النية.

فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة، الذى نشأ فى ظل الحرية التى حملت مشعلها الثورة الفرنسية(١)، اقتضى، فى التقنين الفرنسى والتقنينات التى صدرت فى ظل ظروف مماثلة لظروف صدور التقنين الفرنسى، أن يقف القاضى مغلول اليدين تجاه أحكام العقد، دون أن يستطيع إجراء أى تعديل أو

---

(١) عبدالسلام الترمانتينى - سلطة القاضى فى تعديل العقود فى القانون المدنى السورى، وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية - مجلة المحاماة - س ٤١ - ع ٦ - ص ٩٠٣.

محمد كاظم كمال العطار - نحو قانون مدنى عربى فى ضوء الأيدلوجية العربية الثورية - نشر وزارة الثقافة والفنون بالجمهورية العراقية - طبعة ١٩٨٧ - ص ٥٩٠.

تغيير فيه، إعمالا لمبادىء العدالة[١]، إلا أنه ظل يحتفظ بسلاح غاية فى الأهمية، هو سلطته فى تفسير العقود إذا مارأى أن العقد يكتنفه الغموض. فطبقا لنص المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى المصرى والمواد من ١١٥٦ إلى ١١٦٤ من القانون المدنى الفرنسى يستطيع القاضى أن يستعين بالتفسير للتغلب على تقييد النصوص لسلطته إزاء العقد. فالتفسير يعتبر - بالنسبة للتطويع - سلاحا ذا حدين. فمن ناحية، القاضى هو صاحب السلطة فى تحديد ما إذا كان هناك محل للتفسير، ومن ناحية ثانية هو الذى يقوم بهذا التفسير.

١٤٢ - أولا : سلطة القاضى إزاء حاجة العقد للتفسير:-

إن تقرير ما إذا كان العقد واضحا لايجوز التدخل فيه بدعوى تفسيره، إعمالا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من القانون المدنى، أم أن عباراته غامضة تحتاج إلى تدخل القاضى لتفسيرها، إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ سالفة الذكر، مما يدخل فى سلطة القاضى المطلقة، لأن ذلك يعد بحثا فى واقع العقد. والبحث فى مسائل الواقع متروك أمره لقاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض، باعتبار أن «تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من شأن قاضى الموضوع وحده»[٢].

لذلك فإن القاضى يستطيع، استنادا إلى سلطته هذه، أن يتدخل فى العقد ويجرى تطويعه لمواجهة الظروف الإقتصادية الجديدة ويعيد، بالتالى، التوازن إلى أداءات طرفيه. فمسألة وضوح العقد وغموضه لايكون الحكم فيها لما يقرره طرفاه، وإنما الحكم فيها لما يقرره القاضى المعروض عليه النزاع. أى أن الغموض المعول عليه والذى يعطى الحق للقاضى فى التفسير، هو الغموض الذى يقوم بالنسبة للقاضى.

لكن يجب أن يكون ملحوظا، هنا، أن القاضى لايستطيع[٣] أن يقرر

---

(١) حسب الرسول الشيخ القزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٥٩٨.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٩٠/١/٣ فى الطعن رقم ٢٥٤٢ لسنة ٥٥ ق - حكم لم ينشر بعد.

(٣) على الأقل فى القانون المدنى المصرى الحالى.

أن شروط العقد واضحة فى التعبير عن نية الطرفين ثم يلجأ، بعد ذلك، إلى تفسير العقد بحجة البحث عن العدالة، أو بحجة إعمال قواعد القانون الطبيعى، أو بحجة أن العرف يقتضى هذا التفسير، لأن فى ذلك خروجا على حكم الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من القانون المدنى، فهذه المادة تلزم القاضى بعدم الإنحراف عن عبارات العقد الواضحة تحت أية حجة. أما فى القانون المدنى الفرنسى، وكما كان الحال فى القانون المدنى المصرى القديم، فإن النصوص تسمح بتدخل القاضى لتفسير العقد بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين حتى ولو كانت عبارات العقد واضحة. فلا نجد من بين النصوص الخاصة بتفسير العقد فى القانون المدنى الفرنسى(١) نصا فى صراحة المادة ١/١٥٠ من القانون المدنى المصرى. فهذه النصوص الأخيرة تلزم القاضى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أيا كانت عبارات العقد، أى حتى ولو كانت هذه العبارات واضحة. فعلى حد تعبير بعض الفقهاء الفرنسيين أنه على الرغم من أن المبدأ هو امتناع التفسير بالنسبة للعبارات الواضحة، إلا أن دور التفسير أبعد من أن يهمل حتى عندما ينطبق على نصوص واضحة ومحددة(٢).

ويعود هذا الإختلاف بين القانونين المصرى والفرنسى إلى الإختلاف فى المنهج الذى اتبعه كل منهما. فبينما سلك القانون الفرنسى مسلك البحث عن الإرادة الباطنة وأعطاها الأولوية على الإرادة الظاهرة سلك القانون المصرى مسلك البحث عن الإرادة الظاهرة وجعلها هى الإرادة الإجتماعية التى يعتد بها، بإعتبار أن الإرادة الباطنة أمر خفى تصعب معرفته، لذلك نجد أنه فى الوقت الذى يتقيد فيه القاضى المصرى بالألفاظ متى كانت محددة وواضحة، يستطيع القاضى الفرنسى أن يبحث عن النية المشتركة الحقيقية للمتعاقدين، وكانت له، من ثم، سلطات فى مجال تفسير العقد واضح العبارات.

---

(١) المواد من ١٥٥٦ إلى ١١٦٤.

(2) ALEX WIETT et FRANSOIS TERRE, les obligations, Op. Cit., P. 404, No. 364.

١٤٣ - ثانيا : سلطة القاضى فى رفع الغموض :-

إذا ما رأى القاضى أن غموضا يكتنف شروط أو بنود العقد التزم بإزالة هذا الغموض عن طريق تفسيره للعقد. فالقاضى ملتزم بإستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين. لكن يجب ألا يغرب عن البال أن الإرادة أمر كامن فى سريرة المتعاقد لايعلم به سواه، فليس من اليسير على القاضى الوقوف على هذه الإرادة أو التيقن من حقيقتها. لذلك فإنه يلجأ إلى وسائل التفسير المختلفة كى تعينه على تكوين فكرة يقتنع بأنها هى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. وقد انقسم الفقه، بشأن الوسائل التى تعين القاضى على الوصول لمضمون للعقد يقتنع به ويقضى على أساسه فى النزاع المعروض عليه، إلى مدرستين: مدرسة التفسير الشخصى ومدرسة التفسير الموضوعى.

«أ» المذهب الشخصى:

يذهب أنصار المذهب الشخصى فى التفسير إلى أنه يجب، عند التفسير، البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من واقع الألفاظ والعبارات التى استخدمها المتعاقدان أنفسهما فى العقد. ويستند هؤلاء الشراح إلى أن العقد يجد سند وجوده فى سلطان الإرادة(١).

هذا المذهب الذى تبناه فقهاء وقضاة القرن التاسع عشر يجد سنده فى نص المادة ١١٥٦ من القانون المدنى الفرنسى الذى يقضى بأنه «فى الإتفاقات يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ». لذلك قال أنصار هذا المذهب بالتفسير السيكولوجى فى نفسية كل من المتعاقدين.

وعلى هذا الأساس ضيق أنصار المذهب الشخصى فى التفسير من دور عناصر التفسير التى وجه القانون القاضى إلى الإستعانة بها، كفكرة

---

(1) GERARD FARJAT, Droit Prive de l`economie, Op. Cit., P. 312.

حسن النية(١)، وفكرة العدالة، وفكرة العادة، وفكرة القانون(٢)، فقالوا: إن فكرة حسن النية لايمكن أن تفسر إلا من خلال نية المتعاقدين. ومن هنا، فهي لا تعني إلا الإحترام الدقيق لما أراده المتعاقدان من وراء إبرام العقد. أما العادة فهي، في نظرهم، ذات أساس اتفاقي ضمني. ومن هنا فإنها تكتسب وجودها من إرادة المتعاقدين، وكذلك لا تعدو العدالة، عندهم، أن تكون إمتدادا لإرادة المتعاقدين. وأخيرا، فإن القانون هو القانون التكميلي الذي لا يطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على خلاف الحكم الوارد به، الأمر الذي يجعله، حين يطبق، مجرد ما أراده العاقدان.

«٢» المذهب الموضوعي:

لاتسعف نصوص القانون المدني الفرنسي، وخصوصا المادة ١١٥٦ منه، فقه القرن التاسع عشر، فيما ذهب إليه من قصر وسائل التفسير على الوسائل الداخلية للعقد، لأن المواد التالية مباشرة للمادة ١١٥٦ نصت على مجموعة من الوسائل الخارجية التي يستطيع القاضي الإستناد إليها لكي يصل إلى تفسير العقد، بل إن المادة ١١٥٦ نفسها تحث القاضي على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون أن تلزمه بوسائل معينة للتفسير، يحرم عليه الإستناد إلى غيرها.

لذلك يمكن القول أن الإتجاه السائد الآن، سواء في فرنسا(٣) أو في مصر(٤)، هو الإتجاه الموضوعي في التفسير، أي الإستعانة، في التعرف على

---

(١) الواردة في المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري والمادة ٢/١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي.

(٢) وهي الأفكار الثلاث الواردة في الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري، وفي المادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي.

(3) GERARD FARJAT, Droit Prive de l`economie, Op. Cit., P. 314.

(٤) الدكتور أحمد شوقي عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها - المرجع السابق - ص ٢ - بند ١ ومابعده.
حسب الرسول الشيخ الفزاري - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي في القانون المقارن - المرجع السابق - ص ٦٠١.

الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بكل وسائل التفسير الممكنة للقاضى، يستوى أن تكون وسائل داخلية متمثلة فى الألفاظ والعبارات التى استخدمها المتعاقدان، أم خارجية متمثلة فى العرف السائد، أو طبيعة العامل، أو حسن النية، أو غيرها.

١٤٤ - هذا الإتجاه الحديث الذى يأخذ بفكرة التفسير الواسع للعقود يمكنه أن يستوعب التغيير الحادث فى الظروف الإقتصادية، ويمنح من ثم القاضى سلطة التدخل فى العقد وتطويعه ليتلاءم مع ماحدث من ظروف. ويتم ذلك عندما يستعين القاضى للتفسير بوسائل مثل العدالة وحسن النية والنظام العام الإقتصادى والقانون الطبيعى وغيرها من الأفكار المرنة. فهذه الأفكار وإن كانت محددة فى علم الفلسفة، إلا أنها فى مجال القانون مرنة، وتسمح لمن يستخدمها بسلطة واسعة فى التأويل والتفسير، على النحو الذى نفصله فيما يلى:-

أ - الاستناد إلى قواعد العدالة فى التفسير للوصول إلى تطويع العقد:-

استخدم المشرع، عندنا، فكرة العدالة عندما أحال القاضى إلى قواعدها للبحث عن حكم يحسم النزاع المعروض عليه عند عدم وجود نص تشريعى أو عرف يحكم النزاع، وذلك بالنص فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القاون المدنى على أنه «فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقضتى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة»، كما استخدم فكرة العدالة، أيضا، عند كلامه عن آثار العقد حينما نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدنى على أنه «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام»، وهو مانص عليه المشرع الفرنسى فى المادة ١١٣٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن «الإتفاقات لاتكون ملزمة فقط بما هو منصوص عليه فيها وإنما تشمل أيضا كل ماهو من مستلزماتها طبقا للعدالة والعرف والقانون بحسب طبيعة الإلتزام».

فهذه النصوص تضع فى يد القاضى أداة مرنة تكون طوع أمره، عندما

يريد أن يستخدمها فى اتجاه معين، وبالتحديد يستطيع أن يستند إليها فى تطويع شروط العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة عن طريق تفسيره. فكما قيل - بحق - أن إحالة القاضى إلى فكرة العدالة لاتفهم إلا على أنها تخوله الحكم فى النزاع المعروض عليه طبقا لما يتراءى له بناء على أن «العدالة فكرة غير محددة ويكتنفها غموض[١] لايقل عن الغموض الذى يكتنف العقد محل التفسير.

فاستنادا إلى مبادىء العدالة يستطيع القاضى أن يفسر العقد على أساس أن النية المشتركة للمتعاقدين، وبالفرض أنهما سويان، تهدف إلى تحقيق التزامات عادلة على عاتق كل منهما، وإلا كان المتعاقدان أو أحدهما (الملتزم بأكثر مما تقضى به قواعد العدالة) غير سوى أو هدفا من وراء العقد إلى إثراء أحدهما على حساب الآخر، مالم يكن العقد من عقود التبرع.

وقد استندت المحكمة العليا الألمانية إلى فكرة العدالة لتبرير تدخل القاضى فى العقد بقصد تعديل شروطه حينما تنقلب المراكز الإقتصادية للمتعاقدين، فيه، رأسا على عقب بسبب تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم فى ظلها[٢].

ب - الإستناد إلى مبادىء حسن النية فى التفسير للوصول إلى تطويع العقد:

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى على أنه

---

(١) الدكتور حامد زكى - عقد التوريد وتغير الظروف الفجائى - مجلة القانون والإقتصاد - السنة الثانية - ص ٩٥. وهو لذلك يرى الاستناد إلى فكرة العدالة فى أضيق الحدود، وعلى الخصوص فإن القاضى «يرجع إليها إذا أعوزه النص بأن كان النزاع المعروض عليه غير محكوم بالنصوص المكتوبة».
وأيضا، حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر - ص ٥٨٦.

(2) ALFRED RIEG, le role de la volonte dans l`acte juridique, en droit civil Francais et Allemand, these, Paris, Op. Cit., 1961, P. 396 No. 400.

«يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية». وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى على أن «الإتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية» وتنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى الألمانى على أن «العقود يجب أن تفسر طبقا لما يقتضيه حسن النية ...»، ومن هنا يستطيع القاضى أن يستند إلى هذه النصوص فى تفسير الغموض الذى يكتنف العقد المعروض عليه نزاع خاص به، فيأخذ بتفسير يتفق مع حسن النية فى المعاملات.

وتفصيل ذلك ان حسن النية يفرض على المتعاقد أن يتحلى، من ناحية، بشىء من الإستقامة والأمانة عند تنفيذ العقد مما يستوجب منه الإمتناع عن كل مامن شأنه أن يضر بالمتعاقد الآخر. ويفرض عليه، من ناحية أخرى، أن يتعاون مع المتعاقد الآخر فى تنفيذ العقد، مما يوجب عليه أن يقدم يد العون لمساعدته على التنفيذ إذا ما اقتضى الأمر ذلك(١)، كأن يتحمل معه جزءا من مخاطر الطريق، إذا اشترط فى عقد البيع أن التسليم يكون فى موطن المشترى، وكان الأخير يقطن بعيدا عن البائع، والطريق بينهما محفوف بالمخاطر. والقاضى، عند تفسيره للنص الغامض، يضع فى حسبانه مثل هذا الإلتزام المزدوج الذى يقع على عاتق كل من طرفى الرابطة العقدية لينتهى إلى التفسير الذى يتلاءم مع هذا الإلتزام.

وإذا علمنا أن فكرة حسن النية، ومايتولد عنها من التزامات سلبية وإيجابية لاتقل فى عدم تحديدها ومرونتها عن فكرة العدالة لاتضح لنا مدى مرونة واتساع السلطة التى يملكها القاضى إزاء التفسير. فاستنادا إلى حسن النية يستطيع القاضى أن يصل بتفسيره للعقد إلى أن يعفى أحد طرفيه من

---

(1) JEAN CARBONNIER, Droit civil, 4, les obligations, Op. Cit., No. 51, P. 190.

الدكتور السيد بدوى - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية - رسالته سالفة الذكر - ص ٩١٠ ومابعدها.

بعض التزاماته غير الجوهرية، ويستطيع أن يفرض على المتعاقد الآخر بعض الإلتزامات التى لم تخطر بباله وقت ابرام العقد. فبالإضافة والتنزيل فى الإلتزامات العقدية يتدخل القاضى فى هذه الرابطة ويجرى عليها تطويعا قضائيا بحجة التفسير.

ولايفوتنا هنا أن نشير إلى أن البحث فى حسن النية هو بحث يتعلق بنفسية كل من المتعاقدين. بمعنى أن القاضى يلتزم بأن يقدر وجود هذه النية بالنظر إلى شخصية وحالة كل متعاقد من المتعاقدين. وإن كان ذلك لايعنى أن القاضى محروم من الوقائع المادية التى يستدل بها على وجود حسن أو سوء النية. بل أن لديه العديد من القرائن التى يستطيع أن يستخلصها من سلوك كل من المتعاقدين إزاء المتعاقد الآخر، وإزاء عملية التعاقد ذاتها، وتساعده فى الوصول إلى معرفة ما إذا كانت نية هذا المتعاقد أو ذاك حسنة أم سيئة(١)، الأمر الذى يضيف إلى اتساع سلطة القاضى فى تفسير العقد اتساعا جديدا. فلا شك أن البحث فى المسائل النفسية يكون أقل خضوعا للرقابة من البحث فى المسائل الموضوعية.

جـ - الإستناد إلى فكرة النظام العام فى التفسير للوصول إلى تطويع العقد:

تضمنت المجموعة المدنية الفرنسية نصا، هو نص المادة السادسة، يقضى بعدم جواز الخروج، باتفاقات خاصة، على القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب الحميدة، وفصلت هذا الحكم بموجب نص المادتين ١١٢٨، الخاصة بمحل الإلتزام، و ١١٣٣ الخاصة بسبب الإلتزام.

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٦١٢ ومابعدها.

وتضمنت المادتان ١٣٥ و ١٣٦ من القانون المدنى المصرى الأحكام الواردة بالمادتين ١١٢٨ و ١١٣٣ من القانون المدنى الفرنسى. فالمادة ١٣٥ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا». والمادة ١٣٦ تنص على أنه «إذا كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا».

والنظام العام(١) هو، كما قلنا، «مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أى مجموع الأسس والدعامات التى يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لايتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها»(٢). والآداب العامة هى، كما أسلفنا، «مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الإنحلال»(٣).

وفكرتا النظام العام والآداب الحميدة لا تقتصران فى مصدرهما على النصوص التشريعية، بل أنهما تمتدان إلى ما يعتبره العرف والقضاء داخلا فى مضمون النظام العام والآداب. فإلى جانب النظام العام والآداب العامة المنصوص عليهما يمكن القول بوجود نظام عام وآداب حميدة ضمنا، أى لم ينص عليهما(٤). لذلك يذهب الفقه إلى أن الفكرتين «ليستا إلا مجرد فكرتين

---

(١) يجمع الرأى الغالب فى الفقه على أن فكرتى النظام العام والآداب الحميدة فكرتان تستعصيان على التعريف لما تتميزان به من مرونة وقابلة للتطور:

GERARD FARJAT, L`ordre public economique, these, Op. Cit. P. 27, No. 17.

J. CARBONNIER, Droit Civil, Op. Cit., No. 32, P. 125.

JACQUES GHESTIN, Le contrat Op. Cit. No. 93, P. 66.,

الدكتور نعمان جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - سالف الإشارة - ص ٧٦.

(٢) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ٢٠ - ص ٤٧ و ٤٨.

(٣) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ١٩ - ص ٤٧.

(4) JERARD FARJAT, Droit prive de l`economie Op. Cit., P. 302.

JEAN CARBNNIER, Droit Civil, Op. Cit., No. 32. P, 120. =

معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت. فهما مثلان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التى تصل القانون بأسباب التطور وتيسر له الإستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع»(١).

فإذا كان مصدر الفكرتين لا يقتصر على النصوص التشريعية، من ناحية، وكانت الفكرتان تستعصيان على التحديد وتمتازان بالمرونة، من ناحية أخرى، كان لامفر من ترك تحديد مايتعلق بالنظام العام والآداب الحميدة للقاضى المعروض عليه النزاع، مسترشدا فى ذلك بظروف الزمان والمكان، على أن يكون هذا التحديد فى حدود عقائد الجماعة التى يعيش بينها.

وعليه، إذا كان القاضى يفسر العقد ويستعين فى هذا التفسير بالنظام العام والآداب الحميدة كفكرتين مرنتين، يمكن أن يشكلهما طبقا لمقتضيات الزمان والمكان، أمكننا القول: أنه بذلك يستطيع أن يصل إلى تطويع العقد عن طريق تفسيره مستندا فى ذلك إلى فكرة النظام العام أو الآداب الحميدة، لأن مما لاشك فيه أن آراء الجماعة وأخلاقها، فى عصر ينادى بالسلام الإجتماعى والعدالة كعصرنا هذا، تنبذ أن يتحمل متعاقد اثر التغيرات الحادثة فى الظروف الإقتصادية والتى تتلاحق بسرعة رهيبة فى أيامنا هذه. فمما لايتفق مع النظام

- ولذلك فإننا لا نوافق الفقيه MALAURIE فيما ذهب إليه من أن «القاضى يعتبر أن التوجيه الإقتصادى لا يمكن أن يكون إلا من عمل المشرع: ففى غياب نص صريح لايكتشف (القاضى) نظاما عاما إقتصاديا ...... القاضى لايمكنه أن يدخل الإقتصاد فى محكمته ولايمكنه أن يكون خبيرا فى الإقتصاد».

MALAURIE, L`ordre public et le contrat, etude de droit civil compare, these, Paris 1951, P. 55 et 57.

لانوافقه على ذلك لأنه يقصر مصادر النظام العام على النصوص فيغفل مصادره الأخرى من عرف وقضاء واتفاقات جماعية. وبعبارة أخرى يغفل مايعرف بالنظام العام الضمنى على الرغم من الأخير يسود أو يجب أن يسود فى كل القوانين التى وضعت فى ظل سيادة مبدأ سلطان الارادة، وقلت فيها، بناء على ذلك، النصوص المتعلقة بالنظام العام والآداب الحميدة، وذلك بعد أن خفت وطأة مبدأ سلطان الارادة فى عصرنا الحالى. وبالطبع فإن القانون الفرنسى يعد من بين هذه القوانين.

(١) الدكتور حسن كيرة - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ١٩ - ص - ٤٧.

العام ولا مع الآداب الحميدة غض الطرف عن أثر التغيرات الحادثة فى الظروف الإقتصادية، بل يجب أخذها فى الإعتبار وإعمال أثرها فى تخفيف التزامات المتعاقد المتضرر من التغير أو زيادة التزامات المتعاقد الآخر، أو سلوك أى درب يؤدى إلى تطويع العقد ليتلاءم مع المستجد من الظروف الإقتصادية.

فعن طريق تفسير العقد يستطيع القاضى أن يستنطق بنوده ويستكشف منها الإلتزامات الضمنية ومد مدى الإلتزامات المتفق عليها صراحة، كما يستطيع، على الجانب الآخر، أن يقيد من مدى بعض الشروط على نحو يخرجها عما تقتضيه ألفاظها أو عما يقتضيه روح الإتفاق، أو حتى يتجاهلها كلية (١).

د - الاستناد إلى العرف فى التفسير للوصول إلى تطويع العقد:-

العرف، على حد تعبير محكمة القضاء الإدارى(٢)، هو «درج الناس على قاعدة معينة واتباعهم إياها فى معاملاتهم وشعورهم بضرورة إحترامها». فـ «إطراد اتباع الجماعة لقاعدة من قواعد السلوك مع الإعتقاد بإلزامية هذه القاعدة» يعد عرفا(٢).

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى المصرى على العرف، حينما قضت بأنه «فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف». كما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى حينما قضت بأنه «ولايقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف .....». وقد ورد هذا الحكم الأخير فى المادة ١١٣٥ من القانون المدنى

---

(1) GERARD FARJAT, L`ordre public economique, these, Op. Cit., P. 171, No. 219.

(٢) بجلسة ١٩٥٧/٦/٢٢ - حكم رقم ٢١٦ - ص ٤٩٦ - مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى - السنة ١١.

(٢) الدكتور ثروت أنيس الأسيوطى - مبادىء القانون - (١) القانون - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٧٤ - ص ١٧٩ - بند ١١٢.

الفرنسى التى تنص على أن «الإتفاقات لاتكون ملزمة فقط بما هو منصوص عليه فيها وإنما تشمل أيضا كل ماهو من مستلزماتها طبقا للعدالة والعرف ......».

وبموجب هذه النصوص يمتلك القاضى أداة مرنة تساعده، بالإستناد إليها، فى تطويع الإلتزامات المتولدة عن الرابطة العقدية بهدف مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة. فالعرف يعد، إذن، من عوامل تحديد نطاق العقد(١)، التى يستعين القاضى بها فى تطويع الإلتزامات المتولدة عن العقد، بهدف مواجهة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها.

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤٠٦ - ص ٨٤٠.

المطلب الثانى

تفسير قواعد القانون

١٤٥ - لم يسلك الفقه ولا القضاء مسلكا واحدا لمواجهة مشكلة تفسير القانون(١). بل إن مناهج التفسير تعددت، سواء فيما يتعلق بتحديد القواعد القابلة للتفسير أو فيما يتعلق بدور التفسير حيال القاعدة القانونية. وفى كلتا الحالتين يمكن تصنيف مسلك الفقه والقضاء إلى إتجاهين مختلفين. لذلك فإننا سوف نتعرض لكل اتجاه من هذين الإتجاهين فى كل حالة على حدة، قبل أن نعرج إلى توضيح كيفية الإستناد إلى تفسير قواعد القانون لتطويع العقد، بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة.

١٤٦ - أولا : القواعد القابلة للتفسير:-

يذهب جانب من الفقه(٢) إلى القول بأن التفسير خاص بقواعد القانون المكتوب ولايمتد إلى القواعد العرفية ولا إلى قواعد الدين. ويحتج أنصار هذا المذهب بأن مسألة تفسير العرف تختلط بمسألة البحث فى وجوده، وإن قواعد الدين تحكمها قواعد خاصة بها للتفسير تبعد إلى حد ما عن قواعد تفسير القانون بمعناه الضيق، فضلا عن أن القاضى حينما يريد تطبيق نص دينى فإنه لايفسره وإنما يلجأ إلى ماكتب فى خصوصه فى كتب التفسير المعتمدة.

---

(١) يقتصر كلامنا فى التفسير هنا على التفسير القضائى ولايمتد إلى غيره. فالتفسير، بالنظر إلى السلطة المختصة به، قد يكون تشريعيا إذا ماتولاه المشرع نفسه، وقد يكون إداريا إذا ما اسند أمر القيام به إلى جهة الإدارة، وقد يكون، فى الأخير، قضائيا وهو الذى تتولاه المحاكم عند تطبيق القانون على المنازعات المعروضة.

(٢) الدكتور عبدالرزاق السنهورى والدكتور أحمد حشمت ابو ستيت - أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون - طبعة ١٩٥٠ - ص ٢٢٦ - بند ١٧٨.

الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى - نظرية القانون - الطبعة الخامسة (١٩٦٦) - مطبعة نهضة مصر بالفجالة - ص ٢٣٢ - بند ٢٠١.

الدكتور نعمان محمد خليل جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الأول - نظرية القانون - المرجع السابق - ص ٢٨٧.

لكن الرأى السائد فى الفقه(١) يذهب - وبحق - إلى أن مجال التفسير أوسع مما يقول به أنصار الرأى السابق. فالتفسير يشمل، بالإضافة إلى التشريعات، قواعد القانون الأخرى كالعرف وقواعد الدين، بل والسوابق القضائية فى الدول التى تجعل من السوابق مصدرا للقانون كبريطانيا والنظم الأنجلوسكسونية الأخرى التى تحذو حذوها. فإذا كان التشريع، كما يقول بعض الفقهاء، «قاعدة مكتوبة تتضمن الفاظا محددة نلجأ إليها للوصول إلى معناها، أى إلى مضمونه القاعدة»(٢) نخضعها للتفسير كى نصل إلى هذا المضمون، فإن العرف قد يكون غامضا فى حكمه، بل إن الحكم الذى يتضمنه قد يكون مشكوكا فى مداه، أو حتى فى فحواه، الأمر الذى يبرر أيضا خضوعه للتفسير حتى نصل إلى مضمونه هذا، لكى يطبقه القاضى على النزاع المعروض عليه. وقواعد الدين والسوابق القضائية هى، أيضا، تتضمن ألفاظا محددة وضعت للوصول إلى مضمون معين، وهو مايقتضى تفسيرها بقصد الوصول إلى ذلك المضمون الذى صيغت من أجله هذه الألفاظ(٣).

صفوة القول، أن مشكلة التفسير مشكلة تخضع لها كافة القواعد القانونية أيا كان مصدرها، التشريع أو العرف أو الدين أو السوابق القضائية فى الدول التى تجعل من السوابق مصدرا للقانون.

---

(١) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - ص ١٩٧ - بند ٢١٠.

MAZEAUD, Lecons de droit civil, tome 1, volume 1, 6 eme edition, Par FRANCOIS CHABAS, Montchrestien, P. 131, No. 93.

BORIS STARCK, Droit civil, Introduction, Libraire tecknique, 1976, P. 55. No. 128.

(٢) الدكتور نعمان محمد خليل جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - المرجع السابق - ص ١٨٧.

(٣) بشرط ألا يكون النص واضحا جليا. وفى ذلك تقول محكمة النقض «أنه متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى، فإن البحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل» نقض مدنى بجلسة ١٩٧٤/١/٩ فى الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٣٦ القضائية - م نقض م - س ٢٥ - ص ١١٤ - ق ٢١. وتقول فى موضع آخر أنه «متى كان النص صريحا جليا فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الإستهداء بمصدره التاريخى أو البحث عن قصد الشارع منه لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه» نقض مدنى بجلسة ١٩٧٤/١٠/٢٩ فى الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٩ القضائية - م نقض م - س ٢٥ - ص ١١٦٥ - ف ١٩٤.
راجع أيضا نقض مدنى بجلسة ١٩٧٦/٣/١٤ فى الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠ ق - م نقض م - س ٢٧ - جـ ١ - ص ٦١٧ - ق ١٢٢ وبجلسة ١٩٧٦/٥/١٢ فى الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ ق - جـ ٢ - ص ١٠٨٧ ف ٢٠٧.

١٤٧ - ثانيا : دور التفسير حيال القاعدة القانونية:-

سبق وأن أشرنا إلى أن الرأى ليس متحدا حيال دور التفسير إزاء القاعدة القانونية محل التفسير، بل إنه متشعب إلى مدرستين مختلفتين: الأولى وجدت بعد وضع التقنينات الفرنسية مباشرة، وهى التى سميت مدرسة الشرح على المتون. أما المدرسة الثانية فهى أحدث نشأة من الأولى، إلى حد ما، إذ ظهرت بعدما تبين، فى الممارسة العملية، عيوب السير على نهج مدرسة الشرح على المتون. وتسمى المدرسة الثانية بمدرسة التفسير الحر(١). توجد مدرسة حديثة فى التفسير تسمى المدرسة الواقعة وقد ظهرت فى ألمانيا بعد عام ١٩٤٥ وهى تفسر النص بالرجوع إلى العلة الت تكمن ورائه وهو ما يتفق والتفسير السائد فى الشريعة الغراء.

ا - مدرسة الشرح على المتون:-

بهرت حركة التقنين الضخمة التى تولى زمامها نابليون بونابرت فى مطلع القرن التاسع عشر شراح تلك الحقبة، مما حدا بهم إلى تقديس النصوص المكتوبة تقديسا لم يقتصر على مضمون هذه النصوص، بل امتد إلى الترتيب الذى وردت به فى المدونات، الأمر الذى دفعهم إلى شرحها بنفس الترتيب الذى وردت به، نصا نصا، دون إجراء أى تغيير فى هذا الترتيب. من هنا سميت هذه المدرسة بمدرسة الشرح على المتون(٢).

---

(١) قصرنا الكلام على هاتين المدرستين فى التفسير ولم نتطرق إلى مدرسة ثالثة هى المدرسة التاريخية فى التفسير والتى ترى أن تقنين القانون فى مجموعة إنما يتعارض مع سنة التطور. لذلك فإن هذه المدرسة ترى أن سلطة المشرع تقتصر على ملاحظة تطور القانون فى ضمير الجماعة، وعليه الإلتزام برقابة هذا التطور وتعديل مايقنن حتى يساير التطور.

دكتور محمد صبرى السعدى - تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية - دار المطبوعات الجامعية بوهران بالجزائر - ١٩٨٤ - بند ٦٩ - ص ١٧١. وعلى هذا الأساس فإن المدرسة التاريخية فى التفسير تتنافى والواقع الملموس من وجود نصوص قانونية، كما أنها تلغى تفكير الإنسان فى تطوير القانون. وهذا ما دفعنا إلى عدم العرض لها بالتفصيل فى المتن.

(٢) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ٢١٢ - ص ٤٠٣.

الدكتور نعمان محمد خليل جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - المرجع السابق - ص ٢٩٠.

الدكتور عبدالرشيد مأمون - الوجيز فى المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - دار النهضة العربية - ١٩٩٤ - ص ٢٤٣ - بند ١٦٢.

MAZEAUD, Introduction a l`etude du droit,
Op, Cit., P. 135, No. 101.

=

ويعتبر أنصار مدرسة الشرح على المتون إن التشريعات حوت كل شىء، وأن أية مشكلة متجد - بالتالى - حلها فى النصوص اما بطريقة صريحة وإما بصورة ضمنية. ولذلك فإن دور المفسر لدى أنصار هذه المدرسة يقتصر على البحث عن إرادة المشرع الحقيقية ان وجدت، وإلا عن إرادته المفترضة.

أ - الالتزام بالإرادة الحقيقية للمشرع:-

إذا كشف النص عن إرادة المشرع بمجرد التفسير اللغوى له التزم المفسر بهذه الإرادة دون أى إجتهاد منه(١). لكن النصوص القانونية التى تأتى الفاظها واضحة لاتحتاج إلى أكثر من إعمال قواعد اللغة قليلة، فالغالب أن تأتى النصوص مبهمة أو غامضة.

ولمواجهة النصوص المبهمة أو الغامضة يجيز أنصار مدرسة الشرح على المتون اللجوء إلى عناصر خارجية عن الفاظ النص بقصد الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع.

= JACQUES GHESTIN et GILLES GOULEAUX, Traite de droit civil, introduction generale, L.G.D.J., 1977 P. 92 et siuv. No. 142, et suiv.
BORIS STARCK, Introduction, Op, Cit., P. 56 et suiv. No. 129 et suiv.

(١) مع رد غير المعقول منها إلى خطأ مادى واجب التصحيح، دون أن يغير ذلك من كون اللفظ واضحا ليس فى حاجة إلى التفسير. وتطبيقا لذلك ذهبت المحاكم الفرنسية إلى إدانة المسافرين الذين يركبون القطارات أو ينزلون منها قبل أن يقف القطار تماما على الرغم من أن النص الوارد فى لائحة السكك الحديدية الفرنسية يقضى بأنه لايجوز للمسافرين الركوب أو النزول عندما يقف القطار تماما. وتستند المحاكم الفرنسية فى ذلك إلى أن هناك نقصا ماديا فى النص تجب تكملته ليكون منطقيا ويصير أنه لايجوز للمسافرين الركوب أو النزول إلا عندما يقف القطار تماما.
MAZFEUD, Introduction a l`etude du droit, Op. Cit., 143, No. 110.

وتأتى فى مقدمة العناصر الخارجية التى قد تساعد المفسر على الوصول إلى الإرادة الحقيقية، الأعمال التحضيرية التى صاحبت وضع النص. فالنصوص تمر بمرحلة الإعداد، ثم مرحلة الإقرار قبل نشرها، وتصاحب إعدادها وإقرارها مناقشات تدون فى مضابط البرلمان. وقد يتمكن المفسر، من خلال الرجوع إليها، من الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع.

ثم تأتى المصادر التاريخية، بعد الأعمال التحضيرية، كعون للمفسر فى الوصول إلى إرادة المشرع. فأعمال دوما وبوتيه، بالنسبة للقانون المدنى الفرنسى، والشريعة الإسلامية والقانون المدنى الفرنسى بالنسبة للقانون المدنى المصرى يمكن الرجوع إليها بقصد الوصول إلى إرادة المشرع باعتبار أن هذه المصادر كانت المنهل الذى نهل منه واضع النص محل التفسير.

ولايقل دور الحكمة من النص، فى نظر أنصار مدرسة الشرح على المتون، عن العنصرين السابقين، أهمية فى المساعدة على الوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع من وضعه للنص محل التفسير. فمعرفة الحكمة من وضع النص التشريعى تجلى مضمون الألفاظ التى صاغ بها المشرع الحكم الوارد فى النص.

ب - الالتجاء إلى الإرادة المفترضة للمشرع:

عندما لا يستطيع المفسر الوصول إلى إرادة المشرع الحقيقية، حتى بعد الإستعانة بالأعمال التحضيرية للنص محل التفسير، وبمصادره التاريخية وبالحكمة التى يتوخاها المشرع من النص، فإن عليه أن يستخرج من النص حلولا لحسم النزاع المعروض عليه، وذلك بواسطة قواعد الإستنتاج المختلفة، على أن ينسب هذه الحلول إلى المشرع نفسه، على «أساس افتراض وجود إرادة للمشرع فى الأخذ بهذه الحلول وإن كان قد أغفل التعبير عنها»(١).

---

(١) الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ٢١٢ - ص ٤٠٥.

وتتمثل قواعد الإستنتاج هذه فى القياس، ومن باب أولى، والإستنتاج بمفهوم المخالفة، وفى الأخير الإستناد إلى المبادىء العامة.

ويقصد بالقياس إعطاء حكم لحالة غير منصوص عليها يخص فى الأصل حالة منصوص عليها للتشابه بين الحالتين، أو، على حد تعبير بعض الفقهاء، «لعدم وجود سبب يبرر معالجة حالتين متماثلتين علاجا مختلفا»(١). فعلى سبيل المثال تقضى المادة ٩٩٧ من القانون المدنى المصرى بعدم جواز النزول للغير عن حق الإستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى، فيقاس على عدم جواز النزول عن الإستعمال أو السكن عدم جواز النزول عن الإيجار لوحدة العلة فى الحكمين.

ومرد الإفتراض فى الإستنتاج عن طريق القياس أن المشرع نص على الحكم فى فرض مشابه للفرض محل القياس.

أما الإستنتاج من باب أولى فيقصد به إعطاء حكم حالة منصوص عليها لحالة لم ينص على حكمها، لكون علة الحكم فى الحالة الثانية أكثر توافرا منها فى الحالة الأولى. فإذا كان المشرع فى فرنسا ومصر يحرم على عديم الأهلية بيع أمواله فيكون التحريم، من باب أولى، للتبرع بهذه الأموال، لأن علة التحريم هى أن التصرف بالبيع عمل خطير يقتضى من القائم به خبرة عالية بشئون المعاملات لاتتوافر إلا فى من تحصل على قدر من الإدراك. وهذه الخطورة تكون أظهر فى التصرف فى المال تبرعا.

ومرد الإفتراض فى حالة استنتاج من باب أولى يعود إلى أن المشرع قد نص على الحكم فى حالة كون علة هذا الأخير أضعف من علته فى الحالة غير المنصوص عليها.

والإستنتاج بمفهوم المخالفة يقصد به إعطاء حالة غير منصوص عليها

---

(1) BORIS STARCK, introduction, Op. Ci., P. 56, No. 131.

عكس الحكم المعطى للحالة المنصوص عليها، لاختلاف العلة فى الحالتين. فإذا كان المشرع المصرى قد قضى بأن من يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عن هذا الإستعمال(١)، فإن الإستنتاج بمفهوم المخالفة يؤدى إلى القول بأن من يستعمل حقه إستعمالا غير مشروع يكون مسئولا عن الأضرار التى تصيب الغير من جراء هذا الإستعمال.

ويلحق بطريقة الإستنتاج بمفهوم المخالفة طريقة أخرى مماثلة لها، مفادها أن الإستثناء لايقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره. فإذا كان المشرع الفرنسى قد أخذ بفكرة الغبن، على سبيل الإستثناء، فى بيع عقار ناقص الأهلية وفى قسمة المال الشائع، وبعض التصرفات الأخرى المحددة، فإن الإستنتاج يقضى باستبعاد حكم الغبن فى غير هاتين الحالتين، لأن الحالتين المذكورتين وردتا على سبيل الإستثناء.

ومرد افتراض أن الحكم يعود إلى إرادة المشرع، فى حالة القياس بمفهوم المخالفة، يعود إلى أن المشرع قد نص على عكس هذا الحل فى الحالات المخالفة.

وفى الأخير يلجأ المفسر، بقصد الوصول إلى الإرادة المفترضة للمشرع، إلى جمع عدة نصوص والتقريب بينها بهدف أن يصل من وراء ذلك إلى الفكرة التى تمثل القاسم المشترك بين هذه النصوص. وهى فكرة، بالفرض، لم ينص عليها المشرع صراحة، ولكن تقود النصوص فى مجموعها إليها بالضرورة. ويصل المفسر بهذه الطريقة إلى وضع المبادىء العامة التى تحكم التشريع، ويفصل فى المنازعات التى لايوجد لها حكم فى ضوء هذه المبادىء العامة، وينسب الحكم إلى الإرادة المفترضة للمشرع، على أساس أن مجموع النصوص قاد بالضرورة إلى هذه المبادىء(٢).

---

(١) طبقا لنص المادة الرابعة من القانون المدنى.

(2) BORIS STARCK, introduction, Op. Cit., No. 131, P. 57.

٢ - مدرسة التفسير الحر:

وجدت مدرسة الشرح على المتون مبرر وجودها، إبان الحركة التشريعية الفرنسية فى مطلع القرن التاسع عشر، فى إشتياق الفرنسيين إلى قوانين موحدة ومدونة تحكم المنازعات التى تثور بينهم، بعد أن عانوا من تعدد القوانين بتعدد الولايات الفرنسية، ومن إختلاف مضامين الأحكام فى النزاعات المتماثلة باختلاف المحاكم التى تعرض عليها، وذلك بسبب عدم وجود مدونة يلتزم القضاة بتطبيقها تحت رقابة محكمة عليا. لذلك قدس الفرنسيون القوانين المكتوبة واعتبروها حاوية لكل شىء وكفيلة بحل كافة المنازعات المستقبلية.

لكن ما أن مضى العهد بالقوانين الفرنسية - ومن بينها القانون المدنى، إلا وظهر عجزها عن مواجهة ماجد من أحداث ومنازعات إقتضت البحث عن حلول لها تتفق مع الظروف الجديدة، وظهرت، نتيجة لذلك، عيوب مدرسة الشرح على المتون ووجهت لها سهام الإنتقاد من كل جانب:-

فمن ناحية الأساس الذى تقوم عليه هذه المدرسة، وهو إدعاء أن القانون حوى حلولا لكل مايثار فى المستقبل من منازعات، ثبت عدم مصداقيته بعد التحولات الإقتصادية والإجتماعية والسياسية التى واجهها المجتمع الفرنسى. فقد «تطورت الأفكار الأخلاقية وظهرت وسائل فنية جديدة»[1] لم تكن فى الحسبان عند وضع التشريعات المكتوبة. وبالتالى، لايمكن حل كل ما ينشأ عنها من منازعات بالإستناد إلى قصد المشرع.

ومن ناحية الوسائل التى قدمتها مدرسة الشرح على المتون بقصد الوصول إلى إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة، أثبت الفقه أنها محل شك كبير. فالأعمال التحضيرية ليست لها الحجية المطلقة، لما يشوبها من تناقض

---

(1) BORIS STARCK, introduction, Op. Cit., P. 57, No. 132.

وتعدد فى وجهات النظر بصدد المسألة الواحدة. والإستناد إلى القياس بقصد الوصول إلى الحكم إستناد غير مأمون العواقب، فقد تكون المسألة المقيس عليها وردت على سبيل الإستثناء. كذلك اللجوء إلى قياس باب أولى أو إلى مفهوم المخالفة قد يصل بنا إلى تقرير أحكام متناقضة إذا ما أخذنا بقياس باب أولى لنصل إلى حكم الحالة غير المنصوص عليها وأخذ البعض الآخر بوسيلة مفهوم المخالفة قصد الوصول إلى حكم ذات الحالة. أما الإستناد إلى فكرة المبادىء العامة للوصول إلى أحكام للمنازعات المعروضة، فإنه لا يقل خطورة عن الوسائل السابقة. فالمبدأ الذى ينشنه المفسر سيتوقف على مجموعة النصوص التى إختارها، وهو الأمر الذى يختلف من مفسر إلى آخر، ويؤدى بالتالى إلى خلق أحكام متعارضة.

لهذه العيوب التى وجهت إلى مدرسة الشرح على المتون طالع عميد كلية الحقوق فى نانسى F.GENY الفقهاء بمدرسة جديدة فى التفسير، فى كتابه طرق التفسير ومصادر القانون الخاص الصادر عام ١٨٩٩[١]، أسماها المدرسة العلمية[٢]، أو مدرسة البحث العلمى الحر[٢].

وتقوم مدرسة جينى فى التفسير على ضرورة الوقوف عند إرادة المشرع الحقيقية التى كانت تلازم واضع النص محل التفسير، دون أن تجاوز

---

(1) FRANCOIS GENY, Methode d`interpretation et Sources de droit prive positif, Paris, L.G.D.J., 1 re edition, 1899.

(٢) الدكتور نعمان جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - المرجع السابق - ص ٤١٠ - بند ٢١٧ ومابعده.

(٢) الدكتور نعمان جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - المرجع السابق - ص ٢٩٢.

BORIS STARCK, introduction, Op. Cit., P. 58, No. 134.
MAZEAUD, introduction a l`etude du droit
Op, Cit., P. 136, No. 102.
JACQUES GHESTIN et GILLES GOULEAUX, introduction generale, Op, Cit., P. 99, No. 150.

ذلك إلى ماتسميه مدرسة الشرح على المتون الإرادة المفترضة للمشرع، لأن الأخيرة ليس لها، فى الحقيقة، أى وجود إلا من وجهة نظر المفسر القائل بها. وإذا لم توجد الإرادة الحقيقية، لقصور فى التشريع، وجب على القاضى أن يبحث بحرية عن الحل الذى يتناسب مع النزاع المعروض عليه، أى «يجب عليه أن ينقلب مشرعا»(١). أى «يمكنه أن يتقمص دور المشرع لكى ينتهى إلى القواعد التى تفرضها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية»(٢).

وعلى هذا الأساس فإن مدرسة التفسير الحر تذهب إلى أن القانون يجب النظر إليه، لا كشكل فحسب، وإنما أيضا كجوهر يتألف من حقائق الحياة المختلفة.

وإعطاء الحرية للقاضى فى البحث عن حل للنزاع المعروض عليه فى حالة عدم وجود حل له بسبب نقص فى التشريع والقانون بمصادره المختلفة بصفة عامة، لا يعنى أن القاضى ستكون سلطته تحكمية، بل هى فى الحقيقة مقيدة بالمعطيات الإجتماعية لعصره(٣)، والتى تمثل سياجا يرشد القاضى إلى الوصول إلى حسم النزاع المعروض عليه.

وتمتاز مدرسة البحث العلمى الحر فى التفسير بأنها تسمو بالقانون عن أن يكون جامدا لا يواجه مستجدات الحياة، كما أنها تحارب تلك العبودية التى عرفتها نصوص المجموعة المدنية الفرنسية الصادرة عام ١٨٠٤. كذلك تمتاز هذه المدرسة، أخيرا، بأنها لاتخلط بين النصوص التشريعية الصادرة عن

---

(1) MAZEAUD, Introduction a l`etude du droit, Op. Cit., P. 136, No. 102.

الدكتور حسن حيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - بند ٢١٨ - ص ٤١٢.

(٢) الدكتور عبد الرشيد مأمون - الوجيز فى المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - دار النهضة العربية - ١٩٩٤ - ص ٢٤٥ - بند ١٦٤.

(3) BORIS STARCK, introduction, Op. Cit., P. 58 et suiv,. No. 134.
MAZEAUD, introduction a l`etude du droit, Op. Cit., P. 136, No. 102.
JACQUES GHESTIN et GILLES GOULEAUX, traite de droit civil, introduction generale, Op. Cit., P. 99, No. 150.

البرلمان، والتى تتسم بالعمومية والتجريد، وبين القواعد التى يصل إليها القاضى عن طريق تفسير القانون كشكل وجوهر متكاملين، بقصد الوصول إلى حكم يحسم النزاع المعروض عليه، والتى تتسم بالخصوصية والتحديد، وبالتالى، لاتكون لها قوة الزامية إلا فى خصوص النزاع الذى حسمته.

١٤٨ - ثالثا : الاستناد إلى تفسير قواعد القانون قصد تطويع العقد لمواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة:

يميل الفقه والقضاء المعاصران إلى مدرسة التفسير العلمى الحر، عندما يريدان استخلاص الأحكام من القواعد القانونية، لما تمتاز به عن مدرسة الشرح على المتون، وبسبب ماجد من تطورات فى ظروف الحياة، من تقدم علمى وتكنولوجى وانقلاب فى المبادىء المثالية والأخلاقية. فقد عجزت النصوص المكتوبة فى أعقاب الثورة الفرنسية عن استيعاب أى من هذه التغيرات والتطورات عند تفسيرها تفسيرا حرفيا. ونجحت مدرسة التفسير العلمى الحر فى استنباط حكم هذه التغيرات من النصوص.

ويبدو ميل الفقه والقضاء إلى مدرسة التفسير العلمى الحر واضحا فى خصوص نظرية العقد، وعلى التحديد فى المحاولات الدءوبة لتطويعه بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، بالإستناد إلى تفسير القانون.

لكن لايفوتنا أن نقرر منذ البداية أن الرغبة الشديدة لدى الفقه والقضاء الفرنسيين فى تخريج الحلول، التى يواجهان بها حكم تغيير الظروف الإقتصادية، من النصوص التى تحكم نظرية العقد قادتهما، فى بعض الأحيان، إلى لى هذه النصوص(١) ليا لا يخفى على العيان، وإن كان يجد تبريره - فى نظرنا - فى أن نصوص القانون يجب أن ينظر إليها وقت تطبيقها، لا وقت

---

(1) M. BRUNO OPPETIT, Rapport sur le role du juge en presence des problemes economiques en droit civil Francais, travaux d`assacion de HENERI CAPATANT, 1970, P. 190.

وضعها(١) فعند التطبيق، فقط، ينبغى أن يحقق النص الغرض منه، وهو إقامة العدل بين الناس.

ويعد حكم محكمة الإستئناف الأهلية فى ١٩٣١/٤/١٩، فى قضية محمد افندى ابراهيم ضد مصلحة الحدود(٢)، باكورة الأحكام الصادرة فى مصر والتى تستند إلى تفسير قواعد القانون بقصد الوصول إلى تطويع العقد لملاءمته مع الظروف الإقتصادية المتغيرة. ففى قضية توجز وقائعها فى أن المدعى/ محمد ابراهيم أفندى التزم قبل مصلحة الحدود، بمقتضى عقد توريد، بتوريد ٨٤٢٠ أردبا من الذرة العويجه بسعر ٢٥٥ قرشا للأردب، على أن يكون التوريد على دفعات متتالية. قام المورد بتوريد جزء منها. ثم طالبته مصلحة الحدود بتوريد ٢١٢٨ اردبا تقريبا بعد أن توقف عن التوريد. إلا أنه لم يورد سوى ١٣٦،٢٥ أردبا وامتنع عن توريد الباقى إستنادا إلى أن ارتفاع الأسعار فجأة فى السوق جعل تنفيذه لإلتزامه بالتوريد مرهقا وغير عادل. ونتيجة لهذا الإمتناع، اشترت مصلحة الحدود مايلزمها من الذرة العويجة من السوق بالسعر الجديد مستندة فى ذلك إلى شرط فى عقد التوريد يقضى بأن للمصلحة الحق فى أن تشترى الكمية من الغير وتحسب عليه فرق الثمن، إذا تأخر عن التوريد بعد ميعاد ثمانية أيام من تاريخ الطلب، وقامت برفع دعوى على المورد تطالبه بفرق الثمن البالغ ٢٤٥ قرشا عن كل أردب مع الفوائد. أجابت محكمة أول درجة مصلحة الحدود إلى طلباتها وقضت بإلزام المتعهد بأن يؤدى إلى المصلحة فرق السعر لما اشترته من ذرة. طعن المتعهد فى الحكم الصادر ضده بالإستئناف. واستند فى طعنه إلى أن محكمة أول درجة أخطأت صحيح القانون بإهمالها اعمال حكم تغير الظروف الإقتصادية المتمثل فى إرتفاع أسعار الذرة العويجة إلى الضعف، بسبب الغاء التسعيرة الجبرية التى وضعتها

---

(1) PATRICK HUNOUT, Un couple fondomental Vers une anthro- pologie des decisions judicaire - Revue de Droit et cultures 12 (1986). P. 77.

(٢) المحاماة - السنة الثانية عشرة - ص ٦٢.

الحكومة، وإن هذا الإغفال من قبل المحكمة يؤدى به إلى خسارة فادحة لو قام بتنفيذ العقد.

عندما نظرت محكمة الإستئناف الأهلية الطعن المعروض عليها استمسكت بنصين من نصوص القانون المدنى الأهلى. أول هذين النصين هو نص المادة ١٦٨ الخاصة بنظرة الميسرة التى يجوز للقاضى أن يمنحها للمدين. أما النص الثانى فهو نص المادة ١٢٢ الخاصة بقصر التعويض المستحق للدائن، نتيجة إخلال المدين بإلتزامه التعاقدى، على الضرر المتوقع عقلا وقت التعاقد، متى كان يوم الوفاء غير ناشىء عن تدليس المدين. وقامت المحكمة بتفسير هاتين المادتين بالطريقة التى تقود إلى تطويع العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة. فقررت فى خصوص المادة الأولى مايلى: «نصت المادة ١٦٨ من القانون المدنى على أن الوفاء يجب أن يكون فى الزمان والمكان وبالكيفية المبينة فى العقد، ولكنها مع ذلك أباحت للمحاكم أن تأذن للمدين بالوفاء على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للدائن، فأجازت، بذلك، تأخير الوفاء عن الأجل المقرر فى العقد، إحتراما للظروف الطارئة التى يكون فيها المدين عند حلول ذلك الأجل». وفى خصوص المادة الثانية قررت المحكمة الآتى: «وكذلك بعد أن نصت المادة ١٢١ على أن التضمينات التى يستحقها الدائن بسبب امتناع المدين عن الوفاء، هى عبارة عن مقدار ما أصابه من الخسارة وماضاع عليه من الكسب بالغا مابلغ، نصت المادة ١٢٢ على أنه مع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئا عن تدليس المدين فلا يلزم إلا بما كان متوقع الحصول عقلا وقت العقد، فجعل الشارع بذلك للظروف الطارئة تأثيرا على تحديد مسئولية المدين الناشئة عن العقد».

فهذا الحكم، على الرغم من أنه قد الغى فى النقض، يوضح لنا كيف يساعد تفسير نصوص القانون على إعمال حكم الظروف الإقتصادية المتغيرة والحد من تأثيرها فى الإلتزامات العقدية. فالنص الخاص بنظرة الميسرة والنص الخاص بإنتفاء التدليس مدا لكى يستوعبا حكما لم يكن من السهل الوصول إليه، لولا أن المحكمة اتبعت منهجا فى التفسير قاد إليه.

ويأتى على نفس الدرب الحكم الصادر من محكمة القاهرة الإبتدائية فى القضية رقم ٥٦٧ لسنة ١٩٦٥ بجلسة ١٩٦٦/١١/٣ التى تتعلق بمستأجر تنازل عن العين السكنية المؤجرة لأخيه، على الرغم من أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، المطبق على الواقعة، يحظر التأجير من الباطن، وبالقياس، التنازل عن الإيجار، حيث ذهبت المحكمة إلى «أنه بالنظر إلى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من ناحية تاريخ صدوره يبين أنه قد صدر فى تاريخ سابق على ثورة ٢٣ يوليو المجيدة وعلى صدور الميثاق، ومؤدى ذلك أنه - أى ذلك القانون - صدر فى وقت كانت السيطرة فيه على مقادير البلاد للإستعمار بمعاونة الرجعية متمثلة فى الإقطاع والرأسمالية، ولذلك فإنه كان من الطبيعى والمنطقى أن تأتى كافة التشريعات التى صدرت فى تلك الحقبة متمشية ومتفقة مع ماتريده تلك الطوائف الثلاث من كفالة مصالحها وتحقيق ماتبتغيه من سيطرة على مقدرات البلاد، وذلك دون مانظر إلى تحقيق العدالة الإجتماعية بين تلك الطوائف وبين أصحاب المصلحة الحقيقية فى البلاد وهم الفلاحون والعمال الكادحون الذين يمثلون الأغلبية الساحقة للشعب ....». ولذلك يجب أن ينظر إلى هذا القانون، بعد التغيرات الإقتصادية والإجتماعية التى حدثت فى أعقاب ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ووضع الميثاق الوطنى، «نظرة جديدة تتفق مع القواعد الإشتراكية الجديدة التى نص عليها الميثاق، وهى قواعد ليست مجرد قواعد خلقية بل هى قواعد الزامية متعلقة بالنظام العام للدولة ومأمور بها لتطوير المجتمع والوصول به إلى مجتمع الكفاية والعدل، فيسهم القضاء بذلك فى تطوير المجتمع وتثبيت القواعد الإشتراكية فى كافة المجالات. ولا مراء فى أن مسبيل القضاء إلى ذلك هو تفسير القوانين المشار إليها بما يتفق والقواعد الإشتراكية وأحكام الميثاق، وما يقتضيه ذلك من عدم التقيد بصريح عبارة تلك القوانين أو بالحكمة التى أسست عليها القواعد المذكورة وقت صدورها، والبحث عن الحكمة من تلك التشريعات من واقع القواعد الإشتراكية والخط الإشتراكى الذى نسير عليه الآن دولة وشعبا .... (مما يقتضى)

---

(١) مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١١ - العدد الرابع - ص ١١٢٧ ومابعدها - رقم ٨٠.

وجوب تفسير القانون بحسب ظروف الزمان والمكان عند تطبيقه وذلك باعتبار أن الأمم تتطور والظروف الإجتماعية تتغير ..... (فـ) القانون ليس مجرد نظريات هندسية وإنما هو مرتبط بعوامل إجتماعية واقتصادية ..... (مما) يوجب تفسير القانون عن طريق تلمس الحكمة منه من واقع الظروف الإجتماعية والإقتصادية عند تطبيقه .... ومن مطل القول الزام القاضى بالوقوف فى تفسير تلك القوانين عند حد ظاهر عبارتها حتى ولو تعارض ذلك مع القواعد الإشتراكية وأحكام الميثاق وإلا كان معنى ذلك إنعزال القضاء عن الظروف الإجتماعية والإقتصادية التى تعيشها البلاد ....»، وعليه يتعين النظر إلى النص الذى يحظر التأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار فى القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ «على إعتبار أن المقصود به هو منع استغلال المستأجر لحقه فى التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار الذى كانت تخوله له القواعد العامة وذلك بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير بإيجار فاحش يضر بالمصلحة العامة للمجتمع الإشتراكى أولا، ويؤدى، فضلا عن ذلك، إلى أن يثرى المستأجر بغير حق على حساب المالك، وإذا كانت هذه هى الحكمة من النص، ومن ثم فإنه ينبنى على ذلك أنه إذا ماتوافرت هذه الحكمة وجب إعمال حكم النص المذكور وإخلاء المستأجر ومن أجر له من الباطن أو من تنازل له عن الإيجار من المكان المؤجر. إما إذا لم تتوافر هذه الحكمة، أى إذا أجر المستأجر من الباطن أو تنازل عن الإيجار بذات الأجرة المتفق عليها فى عقد المستأجر الأصلى، فإنه لا يكون هناك ثمت مساغ لأعمال حكم هذا النص لانتفاء الإستغلال فى هذه الحالة». وهكذا بحثت المحكمة عن حكمة النص وقت تطبيقه بغض النظر عن الحكمة التى ابتغاها المشرع عند وضعه.

ويماثل ماذهبت إليه محكمة الإستئناف الأهلية ومحكمة القاهرة الإبتدائية فى مصر، ماذهب إليه الفقه والقضاء فى فرنسا فى محاولاته لتفسير نص المادة ١٦٧٤ من القانون المدنى الفرنسى الخاصة بالغبن. ولتوضيح هذا المسلك نشير إلى أن المشرع الفرنسى لم يأخذ، فى القانون المدنى[١]، بنظرية

---

(١) ولكنه اضطر إلى أن يصدر، فيما بعد، مجموعة من القوانين الحديثة لمواجهة بعض حالات الغبن، أما بالنسبة لبعض المعاملات، أو بالنسبة لبعض الأشخاص.

ALEX WELL et Francais TERRE, les obligations, Op. Cit., P. 233, No. 202.

عامة للغبن، كما فعل المشرع المصرى(١)، وإنما أورد فقط حالتين إستثنائيتين أخذ فيهم بالغبن، هما، حاله بيع العقار (المادة ١٦٧٤) وحالة عقد القسمة بين الورثة (المادة ٢/٨٨٧). وفيما عداهما نصت المادة ١١١٨ من المجموعة المدنية الفرنسية على أن «الغبن لايعيب الإتفاقات ......»(٢). لذلك قام الفقه والقضاء، هناك، بمحاولاتهما سالفة الذكر لتفسير نص المادة ١٦٧٤ الخاصة بالغبن فى بيع العقار بمد حكم هذا النص ليشمل، بالإضافة إلى الغبن المعاصر لوقت ابرام العقد، الغبن الذى ينشأ فيما بعد وقبل التنفيذ(٣)، والذى يرجع سببه إلى تغير فى الظروف الإقتصادية اللاحقة على ابرام العقد. بل إن القضاء الفرنسى ذهب إلى أبعد من ذلك فى خروجه على حكم المادة ١١١٨ حينما قضى بتخفيض أجور الوكلاء المفوضين، كالمحامين والأطباء والمستشارين، كلما رأى أن هذه الأجور مبالغ فيها(٤). وهو قضاء لايجد له سندا إلا فى تفسير النصوص الواردة فى الغبن تفسيرا يجعلها تستوعب أثر التغير الطارىء فى الظروف الإقتصادية ويقود، بالتالى، إلى تطويع العقد بقصد مواجهة هذا التغير.

وفى نفس الإتجاه، الهادف إلى مواجهة التغيرات التى تطرأ بعد إبرام العقد بأداة تفسير قواعد القانون، تسير بعض المحاكم الفرنسية عند تفسيرها للنصوص المتعلقة بسبب الإلتزام العقدى(٥). فإذا كانت المادة ١١٠٨ من القانون

---

(١) فى المادة ١٢٩ من القانون المدنى.

(٢) وينص الفصل ٥٥ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى على أن «الغبن لايخول الإبطال، إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذى تعامل من أجله وذلك فيما عدا الإستثناء الوارد بعد». وقد انتقل هذا النص إلى المادة ٧٥ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر - ص ٥٩٠.

(4) M. BRUNO OPPETIT, Rapport sur le role du juge en presence des problemes economiques en droit civil Francais, Op. Cit., P. 191.

(5) M. BRUNO OPPETIT, Rapport sur le role du juge en presence des problemes economiques en droit civil Francais, Op. Cit. P. 192.

المدنى الفرنسى قد حددت أركان العقد، ومن بينها ركن السبب، وبينت الشروط الخاصة بكل ركن، فإنها، منطقيا، تطلبت توافر هذه الشروط لحظة إبرام العقد. وفى ضوء ذلك تفسر المادة ١١٣١ من القانون المدنى الفرنسى، التى تقابل المادة ١٣٦ من القانون المدنى المصرى، والتى تقضى بأن «الالتزام بدون سبب أو المستند إلى سبب وهمى أو إلى سبب غير مشروع لاينتج أى أثر»، تفسر بأنها تعنى النظر إلى السبب وقت التعاقد، لاوقت التنفيذ. وعلى الرغم من ذلك، ذهبت محكمة النقض الفرنسية، مستوحية فى ذلك ماذهب إليه بعض الفقهاء، إلى الربط بين الإلتزامات التعاقدية، حتى فيما بعد إبرام العقد وفى أثناء تنفيذه، إستنادا إلى فكرة السبب. أى أن المحكمة رتبت على اختلال أحد الإلتزامات المتولدة عن العقد إنهيار العقد الذى سبق وتوافرت كافة اركانه عند ابرامه(١). ففى حكم صادر بتاريخ ١٩٧٧/١٠/٢٥ نقضت محكمة النقض الفرنسية الحكم المطعون فيه، والذى كان قد قضى ببطلان اتفاق يتعلق بأداء بعض الأعمال فى مقابل (اداءات) شهر لشركة معينة، على أساس أن إفلاس هذه الشركة، التى يجب أن يتم الشهر لصالحها، يجعل هذا الشهر مستحيلا، مما يصبح، معه، الإلتزام بأداء الأعمال المذكورة فى العقد بلاسبب. وبنت محكمة النقض قضاءها على أساس أن هذا الظرف اللاحق على ابرام العقد والمتمثل فى امتحالة الشهر يعود إلى فعل الدائن نفسه(٢). فهى بقضائها هذا أقرت بأن سبب العقد يجب أن يكون موجودا، ليس فقط وقت التعاقد، وإنما أيضا حتى يتم التنفيذ، وإن كانت قد لاحظت أن انتفاء السبب فى النزاع المعروض يعود إلى خطأ الدائن نفسه، ولايجوز له أن يستفيد من هذا الخطأ.

---

(1) JEAN CARBONNIER, les obligations, Op. Cit., No. 26, P. 109.
(2) Rev. Trim. dr. Civ., 1978, P. 154.

ومن قبل ذلك قضت بجلسة ١٩٦٠/٢/٩ المنشور فى البلتان المدنى -I- رقم ٩٠ - ص ٧٢ بحكم أيدت فيه الحكم المطعون فيه والصادر ببطلان اتفاق بين شركتين اتحدتا بهدف اقامة عقار بينهما من الفوائد العائدة إلى كل منهما. واستندت محكمة النقض فى ذلك إلى أن إحدى الشركتين - إضافة إلى أن نشاطها منعدم - كانت قد انحلت بعد ابرام اتفاق التعاون.

وهذا يعنى أنه إذا كانت نصوص السبب قد وضعت فى المجموعة المدنية الفرنسية لتواجه الإتفاقات التى تبرم بدون سبب، إلا أن تفسير هذه النصوص قاد إلى القول بأنها يمكن أن تواجه الإتفاقات التى يختل، فيها بعد ابرامها، سببها بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. وهذا التفسير يؤدى، لا محالة، إلى تطويع العقد بهدف ملاءمته مع الظروف الجديدة.

وبنفس الرغبة الهادفة إلى تطويع العقد من أجل مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة فسرت بعض الأحكام، فى فرنسا، نص المادة ١١١٠ من القانون المدنى، التى تقابلها المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ من القانون المدنى المصرى، على نحو يقرب الغلط فى القيمة، الذى يذهب الرأى إلى أنه لايقود إلى البطلان، وإلا كان ذلك إستنادا لفكرة الغبن بألفاظ أخرى، يقربه من الغلط فى مادة الشىء الذى نصت المادة عاليه على أنه يقود إلى قابلية العقد للإبطال. فقد قضى بأن للمشترى أن يطلب إبطال عقد بيع قطعة أرض اشتراها من أجل أن يقيم عليها مبان، إذا إتضح له أنها تحتاج إلى نفقات باهظة لردمها(١). وهو حكم يمكن تفسيره على أن المحكمة تراءى لها أن إضافة نفقات الردم إلى كامل الثمن، يقود إلى عدم التعادل بين أداءات الطرفين، وهو عدم تعادل ناشىء عن أمر لاحق على ابرام العقد، أى ناشىء عن إضافة نفقات الردم إلى كامل الثمن. وعلى هذا يمكن القول بأن «القاضى يملك شيئا من حرية التصرف من أجل أن يمارس رقابته على القيمة الإقتصادية للأداءات، مستندا إلى نظرية الغلط فى مادة الشىء عندما يتراءى له أن ذلك ضرورى»(٢).

وفى هذا الإطار، أيضا، حاول البعض فى الفقه(٣) أن يستند إلى النص

---

(1) Cass. Com., 14 Janv. 1969, D. 1970, P. 458.

(2) M. BRUNO OPPETIT, rapport sur le role du juge en presence des problemes eonomiques en droit civil Francais, Op. Cit., P. 192.

(3) GERARD FARJA, Droit Prive de l`economie, 2, Op. Cit., P. 257.

الخاص بضرورة تنفيذ العقد بحسن نية، بطريقة تجعل العقد يستوعب التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية وذلك بتطويعه. فالمادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، بعد أن وضعت فى فقرتها الأولى مبدأ القوة الملزمة للإتفاقات، وحرمت الفقرة الثانية نقضها إلا بالإتفاق المتبادل لأطرافها أو للأسباب التى ينص عليها القانون، نصت فى فقرتها الثالثة على أنه «يجب تنفيذها بحسن نية». والمادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى نصت فى فقرتها الأولى على أن العقود يجب أن تنفذ «بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية». وذهب هذا الرأى إلى القول بأن حسن النية يفرض على عاتق كل من الطرفين، بالإضافة إلى الإلتزام السلبى المتمثل فى عدم جواز إتخاذ أى مسلك يدل على عدم الإخلاص، التزاما إيجابيا بضرورة التعاون مع المتعاقد الآخر فى تنفيذ العقد(١).

لكن القضاء الفرنسى لم يستجب، رغم الحاح الفقه عليه، إلى هذه النظرة، واستقر على الأخذ بالمفهوم التقليدى لحسن النية. ذلك المفهوم الذى يقضى بأن حسن النية يفرض على كل متعاقد التزاما سلبيا بعدم اتخاذ مسلك من شأنه أن يكشف عن مخادعة فى تنفيذ العقد. ويرجع السبب فى مسلك القضاء هذا إلى الموقف المتشدد لمحكمة النقض الفرنسية وعدائها لكل اتجاه يمس مبدأ سلطان الإرادة، الذى ينبثق منه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

لكن القضاء الألمانى، على العكس من ذلك، إتخذ من فكرة حسن النية، المنصوص عليها فى المادة ٢٤٢ من القانون المدنى الألمانى، والتى تقابل المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، أساسا انطلق منه لتطويع العقد بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، وعلى الخصوص فى أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية. وقد قاد هذا التطويع، فى بعض الأحيان، إلى تعديل

---

(1) GERARD FARJAT, Droit prive de l`economie - 2 - Op. Cit., P. 275.

شروط العقد لإعادة التوازن الإقتصادى لأداءات طرفيه(١).

صفوة القول، أن تفسير القانون يتم فى إطار المحيط العام وقت تطبيقه(٢)، أخذا فى الإعتبار الظروف التى تعاصر هذا التطبيق. وهو مايؤدى إلى المساهمة فى تقديم العون للقاضى لتطويع العقد، إن جدت ظروف تقتضى ذلك.

---

(1) GERARD FARJAT, Droit Prive de l`economie, 2- Op. Cit., P. 274.

حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر - ص ٥٩٢.

(٢) يرب ولد احمد صالح وابراهيم ولد ابنى - تطبيق وتأويل القانون من طرف القاضى الموريتانى - المجلة الموريتانية للقانون والإقتصاد (مجلة فصلية) - السنة الثانية - العدد الرابع - ص ١٩.

المبحث الثانى

تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية

١٤٩ - فى بعض الأحيان، لا تكفى وسائل التفسير السابقة لتقديم الحل الذى ينطق به القاضى للفصل فى النزاع المعروض عليه. ويكون ذلك بسبب النقص فى القواعد القانونية(١). فالمشرع يضع التشريع فى ظل أوضاع إقتصادية وسياسية واجتماعية وأخلاقية معينة، سرعان ماتتغير بحكم التطور المستمر فى الحياة، ونصبح، بعد فترة من الزمن، فى مواجهة أوضاع جديدة من كل جانب، ويظهر لنا - على الرغم من كل المحاولات السابقة - عجز التشريع عن مواجهة مايجد من منازعات تعرض أمام القضاء.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن التشريعات تلزم القضاة بضرورة إصدار حكم فيما يعرض عليهم من منازعات، وإلا تعرض من يمتنع منهم عن الفصل فى نزاع معروض عليه، لعقوبة جريمة إنكار العدالة، أيا كان السبب الذى يستند إليه لتبرير هذا الإمتناع، أى حتى ولو كان هذا السبب هو عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض(٢).

---

(1) PATRICK HUNOUT, un couple fondamental vers une anthropalogie des decisions judiciaires, Op. Cit., P. 86.

فهو يقرر أن:

(il ya lacune lorsque manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour resoordre une cas determine. On dit egalement, quoique plus rerement, qu`il ya lacune iarsque le regle figurant dans l`ordonnancement n`est pas opportune satisfaisante ou just).

(٢) راجع مثلا المادة ١٢١ من قانون العقوبات المصرى التى تنص على أن «كل قاض امتنع عن الحكم أو صدر منه حكم جائر عمدا يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة ١٠٥ مكرر أو بالعزل». وعقوبة المادة ١٠٥ مكرر من قانون العقوبات هى السجن والغرامة التى لا تقل عن مائة جنيه ولاتزيد عن خمسمائة جنيه.

وراجع كذلك نص المادة الرابعة من القانون المدنى الفرنسى التى تذهب إلى أن:

(le juge qui refusera de juger, sous pretexte du silence, de l`abscurite ou de l`insuffisance de la loi, pourra etre poursuivi comme coupable de deni de justice).

ولمواجهة هذا التعارض بين التزام القاضى بالفصل فى النزاع المعروض عليه وبين إحتمال عدم وجود نص لحسمه اتخذت التشريعات وآراء الفقهاء وأحكام المحاكم مواقفا مختلفة، وإن كانت تقود، فى النهاية، إلى القول بأن القضاء يجب أن يمنح سلطة التشريع لمواجهة مثل هذه المواقف(١).

ولبيان الموقف فى الدول المختلفة بصدد مواجهة نقص التشريع نقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة التالية:-

المطلب الأول : الموقف فى بلاد القانون العام.

المطلب الثانى : الموقف فى بلاد القانون المدنى.

المطلب الثالث : موقف الفقه الإسلامى.

---

(١) وإن كان ذلك لايعدو أن يكون - كما يقول البعض بحق - رجوعا إلى جوهر القانون، أى إلى المادة الأساسية التى يتكون منها. بمعنى أنه فقط رجوع إلى الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية. الدكتور محمد صبرى السعدى - تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية - المرجع السابق - بند ٧٨ - ص ١٩٢، ١٩٣.

المطلب الأول

موقف بلاد القانون العام تجاه تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية

١٥٠ - تسير عملية التصدى لقصور القواعد القانونية عن تغطية كل المنازعات التى تعرض على القضاء، فى بلاد القانون العام، على نحو يتسم بالجرأة وعدم التردد فى مواجهة هذا العجز. «فمنذ عهد بعيد بدأ المتقاضون فى إنجلترا يلتمسون من الملك أن يفض بينهم منازعات أثبت القضاء العادى عجزه عن حلها، إما لصعوبة المسألة أو لتحيز القاضى أو لافتقاد قواعد تحكم النزاع فى قوانين مقاطعاتهم وفى القانون العام للمملكة، وأصبح التقليد أن يحيل الملك هذه المنازعات إلى مستشاره الذى يبدى رأيه فيها لا على أساس القانون - فالقانون لم يكف لحلها من قبل - بل على أساس مايراه أقرب إلى تحقيق العدالة. ومن هنا بدأ تطور «نظام العدالة» كنظام إحتياطى يسد عجز القانون ويمد الطرف المغلوب على أمره بعلاج لم تسعفه به قواعد القانون العام. وبتطور الزمن أصبحت هناك محاكم عدالة إلى جانب محاكم القانون، وقواعد عدالة إلى جانب قواعد القانون. وأصبح من المفهوم أن القواعد الأولى، مع خضوعها لضوابط فنية، تستند فى الأصل إلى ماتمليه إعتبارات الفهم الصحيح للأمور ومايراه القاضى أكثر حقا وعدلا، بغير مراعاة ضوابط القانون العام وقواعده الفنية. وبالرغم من أن كثيرا من محاكم العدالة أو محاكم المستشار قد الغيت الآن، فإن التفرقة لازالت قائمة فى بلدان القانون العام بين دعاوى العدالة ودعاوى القانون العام، ويترك للمدعى، تحت رقابة القضاء، إختيار نوع الدعوى التى يبدأ بها الخصومة، وعلى المحكمة، أن اقرت هذا الإختيار، أن تعمل قواعد العدالة فى دعاوى العدالة، وقواعد القانون العام فى دعاوى القانون.

فنظام العدالة قد نشأ، إذن، وتطور، إعترافا بالنقص القائم فى القانون العام ومحاولة لإكمال هذا النقص وتيسير الحلول لمن لاتسعفهم قواعد القانون العام»(١).

---

(١) الدكتور ابراهيم شحاته - اجتهاد القاضى - بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية - السنة الرابعة - العدد الثانى -بند رقم ٦ - ص ٤٢١.

لكن ذلك لا يعنى أن دور القاضى فى خلق القانون كان مسلما به فى بلاد القانون العام بإجماع الآراء، بل أن الأمر كان على العكس من ذلك، فقد ذهب الكثير من الكتاب، هناك، إلى القول بأن القاضى أبعد مايكون عن وظيفة التشريع، ويقتصر دوره على تطبيق قواعد القانون على مايعرض عليه من منازعات، بل إن القضاة أنفسهم تنكروا من سلطة خلق التشريع، وكانوا، دوما، يخفون ماينطقون به من أحكام، حتى ولو كانت مستندة إلى إجتهاد، وراء ستر مختلفة(١)، كالتفسير أو العرف أو مبادىء القانون الطبيعى أو ما إلى ذلك.

لكن إنكار دور القاضى فى إنشاء القواعد القانونية هذا لم يستمر ولم يكن له أن يستمر، بسبب قصور قواعد القانون عن مواجهة كل مايستجد من ظروف الحياة وتغير هذه الظروف باستمرار، مما أدى إلى ظهور نظريات القانون الوضعى ورواجها وعلو شأن فقهاء هذه النظريات وتأثير آرائهم فى المدارس الفقهية القائمة، فـ «أوستن»، أحد رواد نظريات القانون الوضعى، يقرر أنه لايمكن أن يتصور سير المجتمع فى تقدمه دون أن يكون للقضاة الحق فى خلق القواعد القانونية لمواجهة مايجد من مشاكل تنجم عن تطور المجتمع. فهو يصور لنا دور القاضى كدور وكيل السلطان الذى تصدر عنه قواعد القانون مصحوبة بجزاء حال يوقع على من يخالف أحكامها(٢). ولاشك فى أن للوكيل أن يقوم بما يقوم به الموكل مادامت الوكالة عامة. وعليه، يكون للقاضى حق التشريع عند عجز القواعد القائمة عن مواجهة الأقضية.

ودافع «جرارى» فى كتابه «طبيعة ومصادر القانون» عن الدور الخلاق للقاضى، ليس فحسب عند قصور القانون، بل متجاوزا ذلك إلى القول بأن

---

(١) الدكتور ابراهيم شحاته - إجتهاد القاضى - البحث سالف الذكر - ص ٤٢٢ - بند ٧.

(٢) أوستن - المحاضرة الخامسة من كتابه:
Lectures on jurisprudence, 4 ed. 1879.
أشار إليه الدكتور ابراهيم شحاته - اجتهاد القاضى - ص ٤٢٢ - بند ٧.

القانون هو ماينطق به القاضى فقط، وما التشريع والعرف والأخلاق والسوابق القضائية وآراء الفقهاء إلا مصادر للقانون، يستلهمها القاضى عند نطقه بهذا القانون. ويستدل «جرارى» على رأيه هذا بأن التشريع قد لاتطبقه المحاكم فيسقط فى الحياة العملية، ولايمكن عندئذ أن نطلق عليه - وقد سقط - لفظ القانون، وأن المحاكم قد تفسر القانون تفسيرا يختلف عن التفسير الذى كان يقصده الشارع، فلا يعد قانونا، عندئذ، إلا التفسير الذى اتخذته المحاكم دون ذلك الذى كان يهدف إليه المشرع(١).

ثم يأتى بعد ذلك «جثرو برون» ليصل بالرأى السابق إلى أقصى مدى له. فقد انكر «جثرو برون» فى مقالته المنشورة بمجلة القانون لعام ١٩٢٠، تحت عنوان «القانون والتطور» وجود قانون بمعنى الكلمة وما القانون إلا مايصدره القضاة من أحكام، وذلك على أساس أن الأفراد لايلتزمون إلا بما يراه القضاة قانونا نافذا بصدد كل حالة، وإلا عد مجرد إحتمال لأن يصبح قانونا إذ ما استند إليه القضاة عند الفصل فيما يعرض عليهم من منازعات(٢).

لكن، لا يخفى علينا مافى هذه الآراء من تطرف ومن مجافاة للواقع. فـ «اوستن» يعتبر أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وهو يصدر عن الدولة أو عن وكيلها القاضى. وبهذا يغفل «أوستن» دور العرف وقواعد الدين، بل والسوابق القضائية، كمصادر تقف بجانب التشريع، بل وتفوق أهميتها أحيانا أهمية التشريع، كما هو الشأن فى مسائل الأحوال الشخصية، مثلا. وبالإضافة إلى ذلك فإن أوستن برأيه هذا يقر تحكم الدولة تحكما مطلقا ويجعل من القانون أداة لخدمتها، تستخدمه كما تشاء.

أما رأى «جرارى» فإنه يخالف الواقع المستقر فى معظم التشريعات

---

(١) جيرارى - طبيعة ومصادر القانون - الطبعة الثانية - مشار إليه فى الدكتور إبراهيم شحاته - إجتهاد القاضى - المقالة سالفة الذكر - بند ٧ - ص ٤٢٣.

(٢) جثرو برون - القانون والتطور - مجلة القانون العام ١٩٢٠ - مشار إليه فى الدكتور ابراهيم شحاته - إجتهاد القاضى - المقالة سالفة الذكر - بند رقم ٧ - ص ٤٢٤.

المعاصرة التى تجعل من القاضى، فى الأصل، مطبقا للقانون، لا منشئا له، بدليل أن القاعدة القانونية قد تحترم دون أن يعرض أمرها على القضاء. والمثل الواضح لذلك هو أن القواعد التى تجرم بعض الأفعال يلتزم الأفراد بحكمها، والامتناع عن ارتكاب الأفعال التى تحرمها، دون أن يعرض أمر هذه القواعد على القضاء حتى يقال - مع جرارى - أن القاضى قد خلق القانون بنطقه بحكم فى النزاع المعروض الذى طبق عليه القاعدة القانونية. ولايمكننا أن نسلم مع «جرارى» بأن القانون يسقط إذا شذت المحاكم عن اتباعه. بل إن القاعدة القانونية تظل سارية المفعول حتى ولو لم تطبق، ولو لمرة واحدة، إلى أن يلغيها المشرع صراحة أو ضمنا، بتشريع لاحق. أما قول «جرارى» أن المحاكم قد تفسر القانون تفسيرا يختلف من قضية إلى أخرى، فإنه قول يغفل الدور الموكل للمحاكم العليا، فى الدول المختلفة، والذى يتمثل فى رقابة هذه المحاكم لتطبيق المحاكم الدنيا للقانون، بهدف إعطائه تفسيرا واحدا أمام جميع المحاكم. وعلى هذا الأساس فإن المحكمة العليا ترد أى تفسير للقانون، تقدمه أية محكمة من المحاكم الدنيا، لا يتفق والتفسير السائد الذى ترضى عنه المحكمة العليا.

«وجثرو برون» يصل بنا إلى أنه لايوجد قانون، وإنما نعيش مجرد إحتمال وجود قانون عندما يعرض نزاع يطبق فى خصوصه القاضى قاعدة مكتوبة، أو قاعدة عرفية، أو أى مصدر آخر من مصادر القانون. وهو قول ينكر واقعا نحياه يوميا، إذ أننا نلتزم بالقواعد القانونية، دون أن ننتظر أن يصدر فى خصوصها حكم من القاضى. وكذلك، فهو رأى يتنافى مع ماهو مسلم به من أن للقاعدة القانونية قوة الزام فى ذاتها، أى بمجرد وجودها، سواء طبقها القضاء، أم لم يطبقها بسبب عدم عرض نزاع يستوجب تطبيقها.

ولكن على الرغم من المغالاة فى الرأى لدى أنصار نظريات القانون الوضعى، إلا أن آراءهم لاتخلو من الصواب فى خصوص الدور الخلاق للقاضى فى بلاد القانون العام. فعند خلو القواعد القانونية من وجود حكم لفض النزاع المعروض، تلجأ المحاكم، هناك، إلى خلق القاعدة القانونية التى متحسم النزاع المعروض. فيفترض القاضى من نفسه مشرعا ويتساءل عن الحكم الذى يسنه ليحكم هذا النزاع لو كان فعلا مشرعا. ثم يطبق، بعد ذلك، هذا الحكم على

القضية المعروضة ليصل إلى الحل الواجب.

ففى بلاد القانون العام، إذن، يظل الأصل العام على أن وظيفة القاضى هى تطبيق القانون. ويبقى الإستثناء، وهو خلق القاضى للقانون، فى حدود عجز القواعد القانونية القائمة عن حكم الأنزعة المعروضة. ففى هذه الحالة، يقوم القاضى بإنشاء القاعدة التى تحسم هذا النزاع.

وهذا هو مايسلم به معظم فقهاء وقضاة بلاد القانون العام(١).

ويقترب الرأى السائد لدى فقهاء القانون الدولى العام من هذا الرأى السائد فى بلاد القانون العام.

وتبدو أهمية المسألة فى إطار القانون الدولى العام فى أن هذا الأخير قانون حديث النشأة، ولازال فى تطور مستمر، ولم تستقر قواعده ولم تكتمل بعد. ولذا، فإن نقص قواعده عن مواجهة ما يعرض من منازعات يمثل أحد المعطيات الملموسة له، مما يقود إلى التساؤل عن دور القاضى الدولى إزاء هذه الوضعية.

يقول بعض فقهاء القانون الدولى الأمريكيين(٢)، أن حل هذه المشكلة يتم عن طريق الأخذ بما يسمى بالتفسير الواسع للمعاهدات(٣). ويقصدون من هذا التفسير الوصول إلى النية المشتركة للأطراف، والبحث عن توقعاتهم المعقولة. فإذا لم يكن للأطراف قصد محدد أو توقع ملموس يمكن الوصول إليه، وجب على القاضى أو المفسر، عند أصحاب هذا الرأى، أن يتساءل عن توقعات الأطراف المعقولة إزاء هذا النزاع المعروض. ماذا ستكون؟. والإجابة على هذا التساؤل يجب أن تكون فى ضوء أغلب أهداف ومقاصد المعاهدة.

---

(١) الدكتور ابراهيم شحاته - اجتهاد القاضى - المقالة سالفة الذكر - بند ٧ ص ٤٢٥.

(2) OLIVER. J. LISSITZYN, Treaties and changed circumstances, A.J.I.L, 1967, P. 297 et sui.

(٣) وهى التى تقابل التشريعات، من بعض الوجوه، فى القوانين الداخلية للدول.

واستخلاص المقاصد والأهداف هذه يعطى الحق لصانعى القرار من قضاة ومفسرين دوليين فى أن يقولوا بآرائهم الخاصة فى النزاع، «ومن ثم يعكسون فيها لغتهم الخاصة المفضلة ونظرياتهم عن العدالة والإنصاف»(١). وبمعنى آخر، فإن للقاضى أن ينشىء القاعدة القانونية التى تحكم النزاع المعروض عليه، وإن كان محوطا - عند الفقهاء الأمريكيين - بسياج لايجوز له أن يتجاوزه. يتمثل هذا السياج فى أن القاعدة المنشأة يجب ألا تخرج عن إطار أغلبية أهداف ومقاصد المعاهدة.

ويسبق «أوليفر ليستزن» الذى يمثل المدرسة الإرادية فى القانون الدول العام، الفقيه الفرنسى «ليفير» الذى يمثل المدرسة الوضعية فى هذا القانون، فى القول بالدور الخلاق للقاضى الدولى. «فليفير» يعترف بأن القانون الدولى قانون حديث النشأة الأمر الذى يجعله ناقصا إلى حد كبير. ولذلك يجب إعطاء القاضى القدرة على إنشاء القواعد القانونية التى يواجه بها مايعرض عليه من منازعات، على أن يستلهم فى هذا الإنشاء المنطق والعدالة اللذين كان سيستلهمها واضع المعاهدة فيما لو كان موجودا، وقرر إدراج نص لمواجهة الحالة المعروضة(٢). فالقاضى فى كثير من الأحيان لايجد نصا وضعيا يطبقه، ولا عرفا محددا يستند إليه لحسم النزاع المعروض.

إذن بلاد القانون العام تعترف بقدرة القاضى على إنشاء التشريع. ويلجأ القاضى إلى ذلك كلما أعوزه نص يستند إلى العدالة ويواجه حالة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها مع مايترتب على ذلك من آثار تتمثل فى قلب إقتصاديات هذا الأخير رأسا على عقب. وبخلق هذه القاعدة القانونية يستطيع القاضى أن يجرى تطويعا، للعقد، محل النزاع، يعيد بمقتضاه، التوازن إلى التزامات طرفيه.

---

(١) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة - ١٩٧٠ - ص ١٦٧.

(2) L. LEFUR, La theorie du droit naturel, R.D.C., 1927, tom. II, P. 270 et suiv.

المطلب الثانى

موقف بلاد القانون المدنى تجاه تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد القانونية

١٥١ - تصور شراح القانون المدنى الفرنسى الأوائل أن هذا القانون قد بلغ من الدقة والكمال درجة لا تدع مجالا للقول بأن ثمت منازعة تعرض ولايحوى لها حلا. فهذا القانون فى نظرهم قد إحتوى أحكاما واضحة ومفصلة تواجه كل الفروض التى يتصور أن تعرض على القضاء، وماعلى القضاة إلا أن يتصفحوا القانون حتى يقفوا فى يسر على حكم كل نازلة تعرض.

والحقيقة أن هذا الموقف من الفقه الفرنسى التقليدى يجد مايبرره، لو أننا تصفحنا تاريخ القضاء فى فرنسا، فيما قبل الثورة وإصدار المجموعات الحديثة هناك. لقد كانت المحاكم الفرنسية، فى تلك الحقبة، نموذجا للفوضى والفساد وإستغلال النفوذ، وجعل القضاة من مناصبهم وسيلة للإثراء عن طريق الإرتشاء، كما اتخذوها وسيلة ليجعلوا من أنفسهم مراكز قوى تقف كحجر عثرة فى وجه أى إصلاح، بتدخلهم المستمر فى سلطات البوليس والإدارة وهو الأمر الذى عرقل الإدارة وأربكها(١). ولذلك ما ان قامت الثورة الفرنسية حتى نادى الذين عانوا من ظلم المحاكم بضرورة الفصل المطلق بين السلطات، وجعل سن القانون وظيفة قاصرة على السلطة التشريعية، دون أية مشاركة من القضاة الذين يقتصر دورهم على تطبيق ماتسنه السلطة التشريعية من قوانين على المنازعات التى تعرض عليهم.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، عاشت فرنسا قبل الثورة، بجانب الفوضى القضائية، فوضى تشريعية، تمثلت فى إختلاف وتعدد المصادر التى

---

(١) الدكتور عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة - دور القاضى فى صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضى - دراسة مقارنة - مجلة العدالة التى تصدرها دولة الإمارات العربية - السنة السادسة - العدد الثامن عشر - ص ٠٧٢.

يمكن أن تلجأ إليها المحاكم. فقد كانت الأعراف المحلية متعددة بتعدد الولايات، كما أن التشريعات المكتوبة كانت لها نفس السمة. ولذلك كان من المتصور أن يختلف الحكم الصادر فى النزاع باختلاف المحاكم التى يعرض عليها.

ولقد دفعت هذه الفوضى القضائية والتشريعية التى عاشها النظام القانونى فى فرنسا، قبل مدونات نابليون، وما اتسمت به هذه المدونات من الدقة والأحكام والتوحيد التشريعى بين مختلف الولايات، جانبا من الفقه التقليدى إلى تقديس هذه المجموعات، ومنها المجموعة المدنية، واعتبارها حاوية لكل شىء، والى معاداة كل محاولة للخروج بالقضاة عن الإطار الوظيفى المرسوم لهم، وهو الفصل فى المنازعات عن طريق تطبيق القواعد القانونية، الأمر الذى أدى إلى تقديس القانون المدنى الفرنسى تقديسا يجعله فى حكم الكتب السماوية(١)،(٢).

ولم يقتصر هذا الموقف على الفقه(٣)، بل إنه امتد إلى المحاكم الفرنسية، وعلى رأسها محكمة النقض. فقد اتخذت المحاكم الفرنسية موقفا اتسم بالعداء الشديد لكل محاولة يقصد من ورائها خلق قواعد تحكم المنازعات،

---

(١) الدكتور حسن كيرة - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - فقرة ٢١٣ - ص ٤٠٣.

(٢) لدرجة أن كابيتان قال فى تعليقه على أحد الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية الذى رفضت فيه السماح بأى دور للقاضى، حتى ولو بالاستناد إلى قواعد العدالة، قال إن «هذه الصيغة الجميلة النبيلة التى وردت فى حكم النقض يجب أن تنقش بعناية على واجهة معبد العدالة، حتى لا نترك القاضى ينفعل بأحاسيس مبهمة عن ضرورات الملائمة، إذ فى مقدور المشرع أن يتدخل عند الحاجة فى الأزمات الكبرى. أما القاضى فلا يعرف سوى قاعدة واحدة هى إحترام العقود» نقلا عن حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٤٠٥ - هامش ١٥٢، وإن كان هذا الأخير لم يشر إلى عنوان مرجع كابيتان، ولا إلى الصفحة التى اقتبس منها هذا.

(٣) وعن موقف الفقه الإيطالى، يراجع:
ANTONIO GAMBARD, Les reactions de la doctrine a la oreation de droit par les juges en droit civil,
Travaux de l`association de HENRI CAPITANT, 1980,. P. 117.
aussi, ANTONIO CARROZZA, Les reactions de la doctrine a la creation du droit par les juges en droit rural,
Travaux de l`association de HENRI CAPITANT, 1980, P. 129.

يراعى فيها مواجهة مايجد من ظروف تعجز القواعد القائمة عن مواجهتها. فعلى سبيل المثال، نقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٦ مارس ١٨٧٦، حكما لمحكمة إستئناف «إكس» كان قد اجتهد وفصل فى القضية الشهيرة الخاصة بقناة «كاربونيه»، استنادا إلى قواعد العدالة. وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن مالكا لاحدى القنوات كان قد ابرم، فى الفترة مابين ١٥٦٠ و ١٥٦٧، عدة اتفاقات مع أشخاص آخرين بهدف استفادتهم من مياه هذه القناة فى رى أراضيهم. ونصت هذه الإتفاقات على الزام المنتفعين بدفع مبلغ ثلاث سولات(١) لمالك القناة مقابل انتفاعهم بمياه القناة. لكن بعد مرور ثلاثة قرون من الزمن صار هذا المبلغ تافها، فى الوقت الذى أصبح فيه التزام ورثة المالك بصيانة القناة يكلفهم عشرة أضعاف ماكان يكلفه لسلفهم عند ابرام العقود، الأمر الذى حدا بالورثة إلى رفع دعوى أمام محكمة أول درجة بغية تعديل المبلغ الذى يلتزم به المنتفعون. رفضت محكمة أول درجة دعواهم إستنادا إلى نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين. طعن الورثة فى الحكم أمام محكمة إستئناف «اكس» التى استجابت لطلبهم ورفعت مقابل الإنتفاع إلى ثلاثين سنتيما عن الفترة مابين عامى ١٨٤٣ و ١٨٧٤ والى ستين سنتيما عن الفترة اللاحقة على ذلك. واستندت المحكمة فى قضائها هذا إلى أن قواعد العدالة تقضى بمراجعة العقود التى يمضى عليها مدى طويل من الزمن، خصوصا إذا حدثت فى هذه الفترة تغيرات ترتب على حدوثها إختلال العدالة التعاقدية بين أطراف الإتفاق: أى أن محكمة «اكس» أوجدت قاعدة جديدة تتمشى مع روح العدالة واستندت إليها، على الرغم من نص المادة ١١٣٤، فى القضاء بتعديل العقد متى أدى الزمن إلى أن تصير الإلتزامات المتولدة عنه غير عادلة. لكن محكمة النقض الفرنسية - وهذا مايعنينا التركيز عليه هنا - وقد طعن فى الحكم أمامها، رفضت ماذهبت إليه محكمة إستئناف «اكس»، وقررت أنه «ليس من اختصاص المحاكم أن تستند إلى مجرد واقعة تغير الظروف وعنصر الزمن لتنتهى إلى تعديل الإتفاقات المبرمة بين الأشخاص، وأن تستبدل الشروط التى انعقدت عليها الإرادة الحرة

---

(١) "SOLS" وهى العملة السائدة آنذاك فى فرنسا.

للمتعاقدين، بشروط جديدة، حتى وإن بدا لهذه المحاكم أن قراراتها قد تكون أكثر تمشيا مع روح العدالة»(١). وانتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه على أساس أنه جاء متعارضا مع نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى، وأن المحاكم لايجوز لها خلق قواعد جديدة لمواجهة النزاعات الجديدة.

وينضمن جانب من الفقه المصرى إلى الرأى السابق الذى يحد من سلطة القاضى فى إنشاء القواعد القانونية. فعند بعض الفقهاء المصريين يلتزم القاضى بألا يخرج عن الدور المرسوم له، وهو الفصل فى المنازعات طبقا للنصوص القانونية المعدة سلفا. ويضيف هذا الرأى أن «إعادة النظر فى العقد هى مسألة من اختصاص الطرفين، وإن القاضى لايمكنه أن يتعدى مهمته، وهى الفصل فى الخصومات، إلى تقرير وإنشاء حقوق جديدة للمتعاقدين بموجب شروط جديدة، إذ له فقط أن يحكم فيما يعرض عليه من نزاع»(٢).

وجارت محكمة النقض المصرية، فى ظل القانون القديم، الرأى السائد فى الفقه والقضاء الفرنسيين، وعارضت كل دور خلاق للقاضى، حتى ولو استند فى ذلك إلى قواعد العدالة والإنصاف، فنجدها تقول فى نقضها لحكم محكمة الإستئناف الأهلية سابق الإشارة، أن محكمة الإستئناف «سلكت سبيل التأويل فى القانون، فقيدت حكم إحترام العقود، بإعتباره قانون المتعاقدين، مادام تنفيذها لم يصبح مستحيلا استحالة مطلقة، بقيد وضعته هى من عند نفسها. وهو مراعاة مقتضيات العدالة وروح الإنصاف لتصل بذلك إلى جواز الحكم بفسخ الإلتزام، كلما رأى القاضى أن مقتضيات العدالة وروح الإنصاف لاتسمح بالفسخ ولو لم يبلغ الطارىء المفادىء الذى جعل التنفيذ مرهقا للمدين، مبلغ الحادث الجبرى أو القوة القاهرة التى تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة موجبة للفسخ بحكم القانون»، وأردفت قائلة أنها «لاتستطيع، هى

(1) Cass Civ. 6 Mars 1876, D. 1876, I, P. 139.

(٢) الدكتور حامد زكى - عقد التوريد وتغير الظروف الفجائى - سالف الذكر - ص ٩٥.
الدكتور حسن كيره - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - ص ٢١٧ ومابعدها - بند ١١٨.

الأخرى، أن تسلك مسلك محكمة الإستئناف فى تأويل نصوص القانون على نحو ماجرت هذه عليه»، وانتهت إلى أنه لا «يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ماهو عليه»(١)، دون أى إجتهاد لخلق قواعد جديدة تتنفق مع روح العدالة والإنصاف، اللذين يفرضان مراعاة كل مايجد من ظروف إقتصادية تقود إلى قلب التوازن العقدى.

ويستند الرأى السابق القائل بحرمان القاضى من خلق القواعد القانونية سواء فى فرنسا أو فى مصر، إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذى نادى به «مونتسكيو». فطبقا لهذا المبدأ، يجب أن يكون إختصاص كل سلطة من السلطات الثلاث محددا بطريقة تحرم على أى منها أن تجور على الأخرى. فصناعة القانون يجب أن تكون من عمل السلطة التشريعية دون غيرها. فى حين يكون دور السلطة التنفيذية مقصورا على تنفيذ هذه القوانين، بواسطة ماتملكه من إدارة وبوليس. ويكون دور السلطة القضائية محصورا فى تطبيق مثل هذه القوانين، على مايعرض عليها من منازعات دون أن يكون لها أى حق فى صنع القانون. وبالإضافة إلى حجة مبدأ الفصل بين السلطات أضاف أنصار هذا الرأى حجة أخرى ذات طابع عملى. فالقاعدة القانونية كى يكتمل لها وضعها يجب أن تكون قاعدة عامة ومجردة، وأن تكون موجهة لحكم المنازعات المستقبلية، لا أن توجه لحكم منازعات سابقة على وجودها، حتى يكون الناس على علم بها. وهذه الخصائص لاتنطبق على مايسنه القاضى من قواعد لو أذن له فى سنها، لأن القاعدة ستكون، عندئذ، ذات أثر رجعى، بمعنى أنها وضعت من طرف القاضى لتحكم نزاعا سابقا فى وجوده عليها، فضلا عن أنها ستكون خاصة بالنزاع المعروض، ومحددة بطرفى وموضوع هذا النزاع، ولايمكن، بالتالى، أن تكون عامة ومجردة، لأن المشرع الفرنسى حرم على القضاة،

---

(١) نقض مدنى مصرى بجلسة ١٩٣٢/١/١٤ فى الطعن رقم ٢٧ لسنة أولى قضائية - المحاماة - السنة الثانية عشر - ص ٧٣٣.

بمقتضى المادة الخامسة من القانون المدنى،أن يصدروا أحكامهم بصفة معممة أو منظمة(١)، وهو ما أكدته، أيضا المادة ١٣٥١ من القانون المدنى الفرنسى، حينما قضت بأن «حجية الشيء المقضى فيه ليس لها محل إلا بالنظر إلى موضوع الحكم ....».

غير أن هذا الرأى، ومهما وجد من الحجج التى يستند إليها، لا يلبث أن ينهار من أساسه عند مواجهة الواقع. والواقع هو أن النظم القانونية، مهما علت، ومهما اتسعت مدارك القائمين عليها، لايمكنها أن تحصر كل صغيرة وكبيرة فى المجتمع، وتضع لها حلا خاصا بها يلتزم القاضى بتطبيقه عندما يعرض عليه نزاع ويطلب منه الفصل فيه. بل إن العكس هو الذى يحدث، إذ تظل الكثير من المسائل التى لايضبطها واضعو التشريع بحكم تفصيلى، بحجة أن هذه المسألة أو تلك تخص إجتهادا فقهيا، أو بحجة أن الرأى اختلف فى السلطة التشريعية بصددها، فترك أمرها للواقع، إلى غير ذلك من التعبيرات التى نجدها دائما فى الأعمال التحضيرية للتشريعات. والواقع هو، أيضا، أن «المشرع الوضعى، مهما بلغ من سعة الأفق، ومهما أوتى من نفاذ البصيرة، سيظل عاجزا عن أن يتصور كل ماتفرزه الحياة الإجتماعية فى تطورها السريع والمعقد من علاقات»(٢) فى المستقبل. ومن ثم يعجز عن أن يضعها فى حسبانه عند وضع التشريع ويأتى الأخير، بالتالى، خلوا من أى حكم لها. ونظرة من حولنا تؤيد هذا القول. فصناعة السيارات، وتقدم الفنون والعلوم، وتغير أخلاقيات المجتمع أفرزت، فى فرنسا، علاقات لم يكن فى وسع واضعى مجموعة القانون المدنى عام ١٨٠٤ أن يتصوروها، وبالتالى، اتت مجموعتهم خلوا من أى حكم لها. وقس على ذلك تشريعات بقية الدول، ومنها التشريعات المصرية.

أمام هذه الوضعية نادى الفقه المعاصر، فى فرنسا وفى مصر، بضرورة

---

(1) BOIRS STARCK, Droit civil, intraduction, Op. Cit., P. 52, No. 121.

(٢) الدكتور عبدالمنعم عبدالعظيم جيره - دور القاضى فى صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضى - المقالة السابقة - ص ٧٢.

السماح للقاضى بأن يكمل كل نقص فى القانون إذا ماعرض عليه نزاع ولم يجد له حكما فيما بين يديه من قواعد قانونية. ففى «غياب النص يجبر القاضى على أن يشيد بنفسه القواعد الصالحة لتكملة القصور فى القانون، وذلك عند وجود مشكلة اقتصادية»(١). ولذلك «يعترف الفقه للقضاء بمكانة مماثلة لتلك التى للمصادر الأخرى للقانون. فهو يشرح، ينتقد، يقر، يقترح، ويأتى بقاعدة ذات أصل قضائى، على غرار تلك التى ذات أصل تشريعى أو عرفى أو دولى»(٢). وعلى الرغم من أن الفكرة حديثة إلا أنه «من الآن فصاعدا ستكون القواعد التشريعية والقواعد القضائية على نفس المستوى»(٣). فالفقه الفرنسى الحديث يعتبر «أن القضاء يعد مصدرا من مصادر القانون يدرك بصفة مباشرة وفورية عند ضرورات الحياة الإجتماعية. فأحيانا يأتى القانون متأخرا عن الوقائع الإجتماعية، وعندئذ تكون المحاكم هى التى تضع القواعد التى تبدو لها ضرورية. ونقول منذ الآن أنه يحدث أن يشيد القضاء قاعدة جديدة كليا دون سند حقيقى من النصوص. ونقول عندئذ أن الأمر يتعلق بقضاء بريتورى، متذكرين سلطات البريتور الرومانى فى إنشاء القانون»(٤).

هذا عن رأى الفقهاء الفرنسيين فى الدور الخلاق للقاضى، أما الفقهاء العرب المعاصرون فيقولون أن «القاضى يواجه أحيانا بخصومة لايعينه على الفصل فيها سوى إجتهاد رأيه، ولا يمكنه ازاءها أن يمتنع عن القضاء بحجة عدم تعرض القواعد المقررة لها، لأن فى ذلك إنكار للعدالة قد يعاقبه عليه القانون. وعلى ذلك ينتهى القاضى إلى الحكم وفق قواعد معينة يسميها فى الغالب، تفسيرا للقواعد الموجودة، ويخفى بها، فى الواقع، دورا حقيقيا، قاسم

---

(1) M. BRUNO OPPTIT, Rapport. Op. Cit., P. 201.

(2,3) PHILIPPE MALAURIE, Rapport sur les reactions de la doctrine a la creation du droit par les juges, Travaux de l'assaction de H.C. 1980, P. 80., No. 13.

(4) BORIS STARCK, introduction, Op. Cit., P. 53 et 54, No. 125.

فيه المشرع إختصاصه»(١). ف «حيث يجلس قاض مجلس قضاء فإن من المتوقع، حين لاتسعفه القواعد القائمة، أن يجتهد رأيه، يستوى فى ذلك أن يكون قاضيا من قضاة القانون المدنى أو من قضاة القانون العام، كما يستوى أن يكون قاضيا من قضاة القانون الداخلى أم من قضاة القانون الدولى. الجميع يقتصر دورهم، فى الأصل، على تطبيق القانون ويمتد، فى الإستثناء، إلى ابتداع القواعد الجديدة»(٢)- فالقضاء يعتبر مصدرا رسميا للقانون. خصوصا، عندما يصدر أحكاما لاتستند إلى نصوص موجودة سلفا لحكم نزاع تخلو القواعد القانونية من حكم له. والسبب فى ذلك أن المشاهدة العملية تكشف عن أن مثل هذه القواعد المنشأة تكتسب صفة الإلزام، سواء بالنسبة لمن طبقت عليهم، أو بالنسبة للمحكمة التى أنشأتها والمحاكم الأدنى منها»(٣). فالقاضى «محظور عليه الإمتناع عن إصدار الحكم فى المسألة المعروضة عليه حتى ولو لم يجد نصا فى التشريع وإنما يتعين عليه البحث عن الحل فى المصادر الأخرى مثل العرف ومبادىء الشريعة الإسلامية أو مبادىء العدالة والقانون الطبيعى. كما أن طريق القياس مفتوح أمام القاضى المدنى بحيث لا يقف عاجزا أمام قصور النصوص»(٤).

هذا عن موقف الفقه المعاصر ازاء مسألة خلق القاضى للقانون. أما القضاء نفسه فإن تحوله عن موقفه السابق بصدد المسألة لايقل وضوحا عن موقف الفقه. فالقاضى الذى يلتزم بالفصل فى كل نزاع يعرض عليه وإلا «يتتبع كمرتكب جريمة إنكار العدالة» طبقا لنص المادة الرابعة من القانون المدنى الفرنسى، يجتهد رأيه عند عجز القوانين القائمة، ليصل إلى حكم يفصل به فى النزاع المعروض عليه، متى استراح له وجدانه، ففى حكم صادر فى ١٩١٣/٥/٢٨(٥)، أعطت محكمة النقض الفرنسية لنفسها الحق فى رقابة الأداءات العقدية المتقابلة، ومدت أحكام الغبن إلى العقود التى تبرم مع مديرى

(١،٢) الدكتور ابراهيم شحاته - إجتهاد القاضى - المقالة السابقة - بند ٢ وبند ٩. وأيضا:

M. BURNO OPPETIT, Ropport, precite, P. 188 et 189.

(٢) الدكتور محمد على عرفه - مبادىء العلوم القانونية - الطبعة الثالثة (١٩٥٦) - ص ١٥٢، ١٥٣.

(٤) الدكتور محمد عبدالظاهر حسين - المدخل للدراسات القانونية - نظرية القانون - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية - ص ٢٦٦.

(4) Req. 29 Mai 1913, S. 1915, I, 116. aussi Soc. 8, Juill. 1942. Gaz. Pal. 1946, II, 177.

الشنون، على الرغم من أن حالات الغبن فى التشريع الفرنسى محددة على سبيل الحصر، ولا تدخل فيها هذه العقود. وكذلك الشأن فى تحديد أتعاب رب المهنة(١)، فى العقود التى تبرم مع المحامين والأطباء والكتبة والبنوك، إذ أخضعت المحكمة هذه الأتعاب لرقابتها وطبقت عليها - فى حالة المغالاة فيها - أحكام الغبن، على الرغم من أن هذه الأحكام لاتنطبق عليها.

ونستطيع أن نلتمس نفس الأمر فى القضاء المصرى. ففى حكم صادر من محكمة النقض المصرية بجلسة ١٩٧٧/٦/٤، ذهبت المحكمة إلى أنه «إذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على تقرير حق العامل فى المساواة بينه وبين زملائه الذين يتساوون معه فى ظروف العمل، فى إقتضاء بدل اسوان كاملا ولم يستند فى ذلك إلى حكم المادة ٥٢ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩، بل استند إلى قاعدة المساواة بين عمال رب العمل الواحد، وهى قاعدة أساسية، ولو لم يجر بها نص خاص فى القانون، تفرض قواعد العدالة اعمالها، إذا ما جنح رب العمل إلى التفرقة بين عماله، فإن قضاءه هذا لا يكون محلا للطعن بسبب مخالفة القانون»(٢).

لكن القضاء المدنى على العموم يتسم دوره فى إنشاء القواعد القانونية بالإستحياء، فهو ملتزم بصفة أساسية بقاعدة الفصل بين السلطات، ولايجور على السلطة التشريعية إلا فى حالات نادرة، وبغير قصد منه، أو على الأقل، يخفى هذا الجور بمبررات أخرى، وذلك على عكس القضاء الإدارى فى الدول ذات النظام القضائى المزدوج، فالقضاء الإدارى فى هذه الدول يقوم بسن القاعدة

---

(١) الدكتور محمد عبدالظاهر حسين - المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - طبعة ١٩٩١ - ص ١٨٦، ١٩٢.

(٢) نقض مدنى مصرى بجلسة ١٩٧٧/٦/٤ فى الطعن رقم ٤٣٥ لسنة ٤٣ القضائية - م نقض م - س ٢٨ - ص ١٣٦١.

وكذلك قضت بجلسة ١٩٨٩/٥/٢١ فى الطعن رقم ١٠٣١ السنة ٥٤ ق بأن المساواة بين عمال صاحب العمل قاعدة أساسية من قواعد العدالة - مجلة القضاة - س ٢٥ - العدد الأول - ص ١٦٢.

القانونية اللازمة للفصل فى نزاع معروض عليه، عند خلو القواعد القائمة من حكم لهذا النزاع، وذلك بشجاعة. ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى الثانى من شهر فبراير ١٨٤٦ والذى قضى بزيادة الأسعار بالنسبة لعقد كان قد ابرم بين الإدارة وبين أحد الأفراد، وجعلت ظروف الحرب الأسعار ترتفع بصفة عامة، مما كان يقتضى عدلا أن ترفع أسعار هذا العقد(١). ومن ذلك أيضا حكمه الصادر فى الثالث عشر من شهر مارس عام ١٨٧٠، والذى سمح فيه بتعديل شروط العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية الجديدة الناشئة من جراء الحرب الفرنسية الألمانية(٢).

إلا أن الحكم الذى ذاع صيته فى خصوص إنشاء القواعد القانونية بهدف مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، هو حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «غاز بوردو» الشهيرة، فى الثلاثين من شهر مارس عام ١٩١٦(٣). وتتخلص وقائع هذه القضية فى أن شركة الإضاءة بمدينة «بوردو» أبرمت عقدا مع المدينة، بمقتضاه، تعهدت الشركة بتوريد الإضاءة للمدينة. وقد تحددت شروط العقد، ومن بينها الأسعار، فى ضوء الأسعار السائدة للفحم وقت ابرام العقد، بإعتبار أن الفحم هو المادة الأولية التى يستخرج منها غاز الإضاءة. لكن بنشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم إرتفاعا فاحشا بسبب صعوبة الحصول عليه من الداخل، لاحتلال الألمان لمناطق الفحم، مما إضطرها إلى استيراده من الخارج. والإستيراد من الخارج يكلف كثيرا بسبب الإستيلاء المتكرر على السفن التجارية، أو بسبب أن بعض السفن كانت تضطر إلى تغيير مسارها بسبب الحرب البحرية. وبعد أن أيقنت شركة الإضاءة من أنها مضطرة إلى أن تتوقف عن تنفيذ العقد، وإلا أدى الأمر إلى

(١، ٢) مقتبسان من حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر - ص ١٢٢، وذلك دون أن يشير إلى أية تفصيلات أخرى.

(3) D. 1916, 3, 25.

إفلاسها والتوقف فى النهاية عن تنفيذ العقد، لو استمرت فى التنفيذ بالخسارة الفادحة التى كانت تلحق بها، تقدمت بطلب إلى السلطة مانحة الإلتزام تطلب منها زيادة الأسعار بما يتناسب وزيادة أسعار الفحم. لكن البلدية رفضت طلب الشركة، إستنادا إلى أن العقد جاء خلوا من أى نص يفرض عليها القيام بمثل هذا الإجراء. نتيجة لرفض البلدية زيادة الأسعار. عرضت الشركة الأمر على ديوان عام المحافظة، باعتباره المحكمة الإدارية بالمحافظة. رفض ديوان عام المحافظة طلب الشركة إستنادا إلى نفس السبب الذى استندت إليه مدينة بوردو فى رفضها لطلب الشركة. عرض الأمر على مجلس الدولة فقضى، لصالح الشركة، بضرورة مراجعة شروط العقد بسبب ما طرأ على أسعار الفحم من زيادة نتيجة للحرب، وقرر، من بين ماقرر من مبادىء، أنه وإن كان القانون لايقضى بفسخ العقد إلا إذا صار التنفيذ مستحيلا إستحالة مطلقة لقوة قاهرة، إلا أن مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد يستوجب النظر إلى الظروف الإقتصادية المتغيرة للمتعاقدين، ليساهم المستفيد من هذه التغيرات مع المضرور منها، حتى يستمر تقديم الخدمات للجمهور. أى أن مجلس الدولة الفرنسى، فى حكمه هذا، إنشاء قاعدة جديدة تقضى بأن الضرر الذى يصيب أحد المتعاقدين نتيجة تغير الظروف التى ابرم فى ظلها العقد، يجب أن يتحمل المتعاقد الآخر نصيبا منه(١). وذلك حتى فى خارج نطاق القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء.

ويجب ألا يفوتنا هنا، ونحن بصدد الكلام عن تحول القضاء عن موقفه تجاه مسألة إنشاء القانون عند الضرورة، أن نشير إلى أن القضاء المدنى، وعلى عكس القضاء الإدارى، يحاول جاهدا أن يخفى تحوله هذا. فهو لايعترف لنفسه بالقدرة على خلق القواعد القانونية، بصفة صريحة، ولذلك فهو

---

(١) صحيح أن مجلس الدولة الفرنسى يرى، فى مثل هذه الحالة، ضرورة إعطاء الفرصة للمتعاقدين للإتفاق وديا على مراجعة العقد، إلا أن ذلك راجع إلى أن القانون الإدارى الفرنسى يمنع على القاضى أن يلزم جهة الإدارة بإتيان عمل معين ولا أن يتدخل فى شئونها، بصفة عامة، ولايمكن أن يفسر ذلك على أنه تقيد لسلطته فى خلق القواعد حالة قصور التشريع والعرف عن مواجهة المنازعات.

يفسر مايبتدعه من حلول جديدة بالقول بأن ذلك مجرد كشف، من جانبه، لقواعد قانونية موجودة سلفا، يعرفها البعض بأنها «قواعد القانون الطبيعي»(١)، فى حين يعرفها البعض الآخر بأنها «قواعد العدالة»(٢)، ويذهب جانب ثالث إلى القول بأنها «المشاعر العامة للجماعة، أو أنها «روح الإنصاف»(٣)، وإن كانت هذه العبارات من الغموض لدرجة أنه لايمكن تفسيرها إلا على أنها تخفى وراءها دورا كبيرا للقاضى القائل بها، هو دوره فى خلق حكم يحسم النزاع المعروض عليه. صحيح أن القانون المدنى المصرى، وعلى خلاف القانون المدنى الفرنسى، يحيل، بمقتضى المادة الأولى منه، القاضى إلى قواعد العرف، ثم إلى قواعد الشريعة الإسلامية. ثم إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة، على التوالى، إلا أن هذه الإحالة الأخيرة لاتعنى، فى نظرنا، سوى ترك الزمام للقاضى ليخلق الحكم الذى يراه ملائما للفصل فى النزاع. أى أنها تمكنه من أن ينصب من نفسه مشرعا ويخلق القاعدة القانونية التى تعينه على الفصل فى النزاع.

ومسلك القضاء هذا فى إخفاء قدرته على الإبداع لايعدم التفسير: فيفسر فى فرنسا بأنه «لم يكن من اليسير على القضاء أن يتخلى طفرة واحدة عن مفاهيم راسخة مكنت منها، على مر السنين، أقلام شراح عبدوا النصوص وقدسوها. لذلك فقد التزم القضاء (فى فرنسا) جانب الحذر فى إقراره للحلول العادلة لتلك المشاكل المستجدة، وحرص على أن يظهر أن تلك الحلول إنما تستند إلى نصوص التشريع، وأنها ليست من خلقه وابتداعه. وانتهج فى ذلك مناهجا فى غاية البراعة، مكنه من أن يبدو وكأنه يطبق النصوص ويحترمها، بينما هو فى الحقيقة يتعداها ويتجاوز مقاصدها ويبتدع من الحلول

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بحماية حقوق المؤلف. وكذلك الدكتور نعيم عطية - الروابط بين القانون والدولة - ص ٤٩.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٦/٤، فى الطعن رقم ٤٣٥ القضائية - سالف الإشارة.

(٣) حكم محكمة الإستئناف الأهلية فى قضية مصلحة الحدود الصادر بجلسة ١٩٢١/٤/٩ سالف الإشارة.

مالا تحتمله تلك النصوص أو تسعف فى القول به»(١) . ويفسر، فى مصر، بالقول بأن المشرع حدد، فى القانون المدنى، الضوابط التى يجوز للقاضى أن يلجأ إليها فى حالة عدم وجود النص. فهو قد نص فى الفقرة الثانية من المادة الأولى على أنه «فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة». وهذه الأفكار التى أحال المشرع القاضى اليها من الإتساع بحيث لايمكن، بعدها، الإحتجاج بأنه لايوجد مايقضى به فى النزاع. ففكرتى العدالة والقانون الطبيعى من الأفكار المرنة التى يمكن أن تتسع بحيث تستوعب فى داخلها أى نزاع وتحكمه.

لكن إذا كانت الإسباب السابقة تفسر مسلك القضاة فى إخفاء قدرتهم على الخلق والإبداع، إلا أنها لاتسنده. فلم يعد الشراح، لا فى فرنسا ولا فى مصر، يقدسون النصوص القانونية، بل تغيرت نظرتهم إليها إلى الحد الذى نادى معه البعض، فى فرنسا، بضرورة النظر إلى قوانين الإلتزامات القديمة بعيون جديدة، ولا نحبس أنفسنا فى إطار النظريات والمفاهيم القديمة التى لم تعد تتلاءم مع حاجات مجتمعنا الحاضر، أو تتطابق مع الوسط الإقتصادى أو الإجتماعى الذى يحيط بنا(٢). فالمفاهيم القديمة قد إهتزت ويسهل، الآن، الخروج عليها.

وفى مصر، فإن الرأى على أن الفقرة الثانية من المادة الأولى لاتحتمل إلا تفسيرا واحدا وهو إطلاق العنان للقاضى لإنشاء القواعد القانونية لمواجهة نقص القواعد القائمة، وبالتالى، لا يتقيد القاضى بالضوابط التى اتت بها، بل أنه يخلق نصا على أساس أنه مشرع، ثم يطبق هذا النص على النزاع المعروض عليه، باعتباره قاضيا، ويكون انشاؤه للنص مستندا إلى إعتبارات عديدة، قد

---

(١) الدكتور عبدالعظيم جبره - دور القاضى المدنى فى صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضى - مقالته سالفة الذكر - ص ٨٢.

(2) JEAN DEPREZ, la crise du contrat et la pensee juridique contemporaine, cours de Droit civil apprafondi et compare, Paris, 1969 - 1970, P. 2.

تكون من بينها الضوابط التى تضمنتها الفقرة الثانية سالفة الإشارة، أو أحد هذه الضوابط وقد لايكون من بينها ضابط من هذه الضوابط. فضابطا القانون الطبيعى والعدالة فى القانون المدنى المصرى لايعنيان أكثر من أن على القاضى أن «يطبق ماكان يضع هو من القواعد لو عهد إليه أمر التشريع»، على حد تعبير المادة الأولى من المجموعة المدنية السويسرية.

وصفوة القول أن بلاد القانون المدنى تعطى القاضى القدرة على خلق القواعد القانونية، عند عجز التشريعات عن مواجهة مايجد من نوازل. وما أكثر هذه الأخيرة، فى عصر يموج بالتغيرات الإقتصادية السريعة والمتلاحقة.

وبهذه المكنة يتدخل القاضى فى الرابطة العقدية ليعيد التوازن إليها إذا ما اختل هذا التوازن بفعل التغيرات الإقتصادية، وبالتالى يقوم بعملية تطويع العقد ليجعله يستوعب التقلبات الإقتصادية الجديدة، دون أن يصاب أحد طرفيه بضرر، ويثرى الطرف الآخر على حساب هذا الضرر.

المطلب الثالث

موقف الفقه الإسلامى تجاه تطويع العقد عن طريق إنشاء القواعد الفقهية

١٥٢ - تقوم الشريعة الإسلامية على الكمال المطلق فى أحكامها مصداقا لقول الله عز وجل: «ومافرطنا فى الكتاب من شىء»(١)وقوله جل شأنه: «اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا»(٢). وفى هذا الأمر يقول رسول الله، صلى الله عليه وسلم: «تركت فيكم ما أن تمسكتم به لن تضلوا أبدا: كتاب الله وسنتى». ويقول، عليه أفضل الصلاة وأذكى السلام، فى وصف القرآن المجيد: «فيه خبر من قبلكم ونبأ من بعدكم وحكم مابينكم».

وعلى ذلك فإن كل شئون الخلق من أقوال وأفعال لها حكم فى الشريعة الإسلامية مادامت هذه تتصف بالكمال المطلق. ولذلك، قال الإمام الشافعى، رضى الله عنه: «كل مانزل بمسلم ففيه حكم لازم، وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة. وعليه إذا كان بعينه حكم واجب الإتباع وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالإجتهاد»(٣).

لكن كمال الشريعة الإسلامية هذا يختلف مدلوله باختلاف فروعها:(٤)

---

(١) سورة الأنعام - الآية ٣٨.

(٢) المائدة - من الآية ٣.

(٣) الرسالة - للشافعى (الإمام المطلبى محمد بن ادريس الشافعى - ١٥٠ - ٢٠٤) بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر - الطبعة الأولى - ص ٤٧٧ - رقم ١٣٢٦.

(٤) تنقسم الشريعة بمعناها العام إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الأحكام الإعتقادية التى يتولى دراستها علم الكلام. وهذه الأحكام تتعلق بذات الله وأوصافه وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، إلى غير ذلك من الأحكام الإعتقادية.

القسم الثانى : الأحكام التهذيبية التى تدرس فى علم الأخلاق. وتبين هذه الأحكام الفضائل التى يجب أن يتصف بها الإنسان، كالصدق والأمانة والكرم والمروءة وغيرها من الفضائل.

القسم الثالث : الأحكام العملية، وهى التى تكفل بها علم الفقه، وهى تنقسم بدورها إلى:

١ - عبادات: وهى ماكان الغرض منها التقرب إلى الله عز وجل كالصلاة والزكاة والصيام والحج والمواريث والحدود.

٢ - معاملات: وهى التى تنظم علاقات الفرد ببقية افراد المجتمع الذى يعيش فيه.

ففيما يتعلق بالأحكام الإعتقادية والأحكام الأخلاقية التهذيبية وأحكام العبادات، فإن كمال الشريعة يقصد به وجود النصوص القرآنية والأحاديث النبوية التى تبين هذه الأحكام تفصيلا. فالإعتقاد فى وجود الله والإيمان برسله وكتبه وملائكته وغيرها من الأمور الإعتقادية تبينها نصوص صريحة فى القرآن والسنة. كذلك الأمر فى خصوص الصدق والكرم والمروءة وغيرها من الأمور التهذيبية، وفى خصوص الصلاة والزكاة والحج والصوم وغيرها من الأمور التعبدية. فهى جميعا تبينها لنا النصوص الصريحة فى كتاب الله وفى سنة نبيه محمد، صلى الله عليه وسلم.

أما فيما يتعلق بأحكام المعاملات، وهى التى ترادف القوانين بمعناها الحديث، لأن كل منهما يهتم بتنظيم شئون الفرد والدولة(١)، فإن معنى كمال الشريعة، بالنسبة لها، يختلف بحسب ما إذا كانت معاملات تتسم بالثبات على الدوام، وبعدم الإختلاف بإختلاف الزمان أو المكان، كالمواريث، بصفة خاصة، وأحكام الأسرة، بصفة عامة، أم أنها تتميز بالتغيير والتبديل طبقا لتغير الزمان أو تغير المكان، كالبيوع والشركات والمعاهدات الدولية وغيرها.

ففى الحالة الأولى يعنى كمال الشريعة الإسلامية، استخلاص أحكام المعاملات من النصوص الواردة فى القرآن أو فى السنة. أما فى الحالة الثانية فإن كمال الشريعة الإسلامية يعنى إمكان استخلاص أحكام المعاملات من المصادر المختلفة للشريعة، بما فيها الإجتهاد، وليس بالضرورة من الكتاب أو السنة أو الإجماع، لأنه كما، يقول الشهرستانى، «لم يرد فى كل حادثة نص، ولايتصور ذلك أيضا»(٢).

---

(١) الدكتور محمد على محجوب - المدخل لدراسة التشريع الاسلامى والنظريات العامة فى المعاملات - طبعة ١٩٨٥ - ص ٤٧.

(٢) الشهرستانى (هو الامام الأفضل أبو الفتح محمد بن عبدالكريم الشهرستانى - المتوفى عام ٥٤٨هـ - ١١٥٣م) - الملل والنحل - القسم الأول - سالف الإشارة - ص ٤٤٩.
الدكتور محمد سلام مدكور - الإجتهاد فى التشريع الإسلامى - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ص ٩١ - حيث يقول رحمه الله «فالمجتمع البشرى المتطور لاتقف فيه حياة البشر على حال واحد دون تطور لأن حياة الإنسان حياة فكر وإبداع ..... وقد ترتب على ماجد فى الحياة المعاصرة من علاقات وارتباطات وماجد فى حياتنا من معاملات مالية ومصرفية اقتضاها التطور مشاكل جدت يسأل الناس دائما عن حكمها».

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، وكنتيجة لكمال الشريعة، فإن التشريع بمعنى انزال الحكم هو من عمل الله سبحانه وتعالى. فهو مشرع الأحكام ومنشؤها. وليس لأحد من عباده، كائنا من كان، أن يقوم بمهمة التشريع بهذا المعنى(١). ولذلك، فإننا حين نتكلم عن دور القاضى الإسلامى فى خلق القاعدة القانونية التى تسهل له مهمة تطويع العقد بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية الجديدة، أى نتكلم عن دوره فى التشريع(٢)، إنما نقصد التشريع بمعنى تبليغ الأحكام وتفسير نصوصها واستخراج ماتحويه هذه النصوص من مدلولات. فلا نقصد التشريع بمعنى سن الأحكام، لأن المهمة الأخيرة لايملكها إلا الله سبحانه وتعالى.

وفى ضوء النقطتين السابقتين: كمال الشريعة الإسلامية المطلق، وقصر التشريع على إستخراج الأحكام من النصوص التشريعية، فى ضوء الأحكام الكلية للشريعة ومقاصدها العامة، نتساءل عن موقف الفقه الإسلامى من الدور الخلاق للقاضى، فى خصوص المعاملات بصفة عامة، والعقود بصفة خاصة.

من المسلم به كما يقول الشهرستانى، فى كتابه الملل والنحل، أن النصوص محدودة متناهية لإنتهاء الوحى وتعذر الإجماع، وإن الحوادث والأقضية غير محدودة وغير متناهية، وإن المتناهى لا يفى بأحكام غير المتناهى. لذلك وجب إعطاء الحوادث والأقضية الجديدة أحكامها عن طريق الإجتهاد والتشريع، حتى تستمر الحياة إلى أن تقوم الساعة. ولنا فى حديث معاذ بن جبل(٣)، حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضيا إلى اليمن،

---

(١) الدكتور محمد على محجوب - المدخل لدراسة التشريع الاسلامى والنظريات العامة فى المعاملات - المرجع السابق - ص ٩١، ٩٢.

(٢) «لأن الوقت المعاصر بما فيه من وقائع جديدة وحوادث مختلفة ومشكلات كثيرة يحتاج إلى إجتهاد المجتهدين وفكر الباحثين المؤمنين ونظر العاملين المختصين بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم». الدكتوره نادية شريف العمرى - إجتهاد الرسول - الطبعة الثالثة (١٩٨٥) - مؤسسة الرسالة - بيروت - ص ٨.

(٣) وفيما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال: إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ فله أجر.

المثل والقدوة، فى الإجتهاد عند الحاجة. فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ، يومها: كيف تقضى إذا عرض عليك قضاء. قال معاذ: أقضى بكتاب الله. قال صلى الله عليه وسلم: فإن لم تجد. قال معاذ: فبسنة رسول الله. قال صلى الله عليه وسلم: فإن لم يكن فى سنة رسوله. قال معاذ: أجتهد رأى لا آلو .... أى لا أقصر. فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره بيده، وقال: الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله. فهذا الحديث يدل على جواز الإجتهاد بالرأى، إذا لم يوجد الحكم فى النصوص، حتى تكون الشريعة، كما هى بحق، خصبة وغنية ولديها من الإمكانيات مايسعد البشرية جمعاء إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

لذلك، أجمع جمهور الفقهاء على أن على القاضى(١) أن يجتهد(٢)، إذا

---

(١) حينما كان القضاة يختارون من المجتهدين. ولكن فى وقت متأخر من عصور الدولة الإسلامية أصبح القضاة يعينون من المقلدين لمذهب معين، مثلما كان عليه الحال فى الدولة الأموية فى الأندلس وبلاد المغرب من تعيين القضاة وإلزامهم بتطبيق المذهب المالكى، الأمر الذى ترتب عليه أن القضاة لم يصيروا ملتزمين بالإجتهاد، بل كانوا يفتشون عن حكم مايعرض عليهم من مسائل فى آراء السابقين من فقهاء المذهب.

(٢) وقد حددت الدكتورة نادية شريف العمرى الصفات والشروط التى يجب أن تتوافر فى المجتهد، حينما قالت: «نظرا لهذه المكانة الكريمة للمجتهد لابد من معرفة صفاته وشروطه التى تؤهله لهذا المنصب العظيم الذى يصير به مستنبطا للأحكام الشرعية من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم لأنه إنما يتمكن من ذلك بشروط، وهذه الشروط نقسمها قسمين:

الأول: شروط غير مكتسبة، وهى ماتسمى بالشروط العامة أو شروط التكليف.

والثانى: شروط مكتسبة، وهى الشروط التأهيلية التى تؤهل صاحبها لمنصب الإجتهاد.

أما الشروط العامة فهى: ١- الإسلام. ٢- البلوغ. ٣- العقل.

أما الشروط التأهيلية فإنها تتنوع إلى نوعين:

الأول: الشروط الأساسية، وهى: ١- معرفة الكتاب. ٢- معرفة السنة. ٣- معرفة اللغة. ٤- معرفة مواضع الإجتهاد.

الثانى: الشروط التكميلية، وهى: ١- معرفة البراءة. ٢- معرفة مقاصد الشريعة. ٣- معرفة القواعد الكلية. ٤- معرفة مواضع الخلاف. ٥- العلم بالعرف الجارى. ٦- معرفة المنطق. ٧- عدالة المجتهد وصلاحه. ٨- حسن الطريقة وسلامة المسلك. ٩- الورع والعفة. ١٠- رصانة الفكر وجودة الملاحظة. ١١- الإفتقار إلى الله والتوجه اليه بالدعاء. ١٢- ثقته بنفسه وشهادة الناس له بالأهلية. ١٣- موافقة عمله مقتضى قوله»

إجتهاد الرسول - المرجع السابق - ص ٢٣، ٢٤.

لم تسعفه النصوص فى الوصول إلى حكم للنزاع المعروض عليه، حتى لا يكون الناس فى حرج فى حياتهم الدنيوية. والقضاة حينما يفعلون ذلك، لا يبنون على غير أساس ولايشيدون بلا قواعد ثابتة، ولا يحكمون بالهوى، بل يقضون بالإستناد إلى نص صريح مبلغ ممن حفظ الأمانة وأدى الرسالة ورسم الطريق القويم الصحيح، صلى الله عليه وسلم، أو على مقاصد الشريعة العامة وأحكامها الكلية.

والقاضى حينما يشرع، على المعنى السابق، أى على معنى استخراج الأحكام، يكون هدفه «الوصول إلى الحكم الذى شرعه الله فى الواقعة، وقد دل سبحانه وتعالى على ماشرعه من الأحكام بأدلة عديدة. فبعضها دل عليه بنصوص فى القرآن، وبعضها دل عليه بما أثر عن رسوله صلى الله عليه وسلم من أقوال أو أفعال أو تقريرات، وبعضها دل عليه بمبادىء عامة وقواعد كلية، وبعضها دل عليه بطرق أرشد إليها، كرد مالانص فيه إلى مافيه نص، وكمراعاة المصلحة من جلب نفع أو دفع ضر، وكمراعاة الإستصحاب والإستحسان والعرف وشرع من قبلنا، وغير ذلك من الأدلة»(١).

ومن يتتبع الموقف بعد عهد(٢) رسول الله، صلى الله عليه وسلم، يجد

---

(١) الدكتورة نادية شريف العمرى - إجتهاد الرسول - المرجع السابق - ص ١٩١.

(٢) حقا، لقد بت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعض المسائل برأيه، كما فى قضية هند بنت عتبه زوجة ابى سفيان التى دخلت عليه تشكو شح زوجها فقال لها: «خذى من ماله بالمعروف مايكفيك ويكفى بنيك» (صحيح مسلم - الجزء الثالث - ١٣٣٨ - كتاب الأقضية)، وكقضائه على فاطمة بنت قيس، طليقة عمر بن حفظ، الذى طلقها ثلاثا، حينما جاءت تشكو لرسول الله صلى الله عليه وسلم عدم انفاقه عليها. والذى قال لها فيه «وليس لك عليه نفقة». (الأحكام لابن دقيق العبد - جـ ٢ - ص ٢٠٤)، وكقضائه صلى الله عليه وسلم بيمين وشاهد (صحيح مسلم - جـ٣ - ص ١٣٣٦، ١٣٣٧ - كتاب الأقضية). وكذلك بت بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فى حضوره أو فى غيبته، فى بعض الأقضية، ثم عرضوها عليها فأجازهم عند الصواب، وردهم عند الخطأ، كما فى قضاء سعد بن معاذ فى يهود بنى قريظة الذى أقره الرسول عليه وقال له «لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة» (السيرة النبوية لابن هشام - جـ ٣ - ص ١٤٩)، وكقضاء على بن أبى طالب فى حادثة الزبية (اعلام الموقعين - جـ ٢ - ص ٥٨)، وكقضاء عمر بن الخطاب فى كثير من الوقائع واقرار الرسول له حتى قال فيه «إن الله تعالى جعل الحق على لسان عمر وقلبه» (سنن الترمذى - جـ ٥ - ص ٢٨٠). لكن إجتهاده، صلى الله عليه وسلم وإجتهاد صحابته رضوان الله عليهم واقرار الرسول لهم أو ردهم كان مرجعه الوحى، فكان داخلا فى السنة لا فى الإجتهاد.

أن الكثير من الأقضية قد بنيت على التشريع الذى يقوم به القاضى بإجتهاده سواء فى عهد الصحابة، أو فى عهد التابعين، أو فى عهد تابعى التابعين، أو فى عهد الأئمة الكرام أصحاب المذاهب الجماعية.

فإذا بدأنا بعهد صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، نجد أن الصحابة رضوان الله عليهم، وقد واجهتهم، بعد انتقال الصادق الأمين إلى جوار ربه، مجموعة من المشاكل والأقضية، لم يكن لهم بها عهد على أيام الرسول. ويمكن حصر هذه المشاكل فى ثلاثة أصناف: الأول منها: أمور لم ترد فيها نصوص خاصة، وإن كانت تدخل تحت عموم نصوص عامة. والثانى منها: وقائع لها نظائر فى عهد الرسول، ولكن بظروف خاصة، ثم تغيرت هذه الظروف، بعد الرسول. والصنف الثالث: وقائع تتعدد بصددها النصوص، مما يحتاج إلى جهود فى البحث عن النص واجب التطبيق وتحديد مضمونه(٢). وقد إجتهد الصحابة وبينوا الحلول الواجبة التطبيق عليها.

فها هو أبو بكر الصديق، رضى الله عنه، يقول برأيه فى الكلالة ويفسرها، بأنه ماخلا الوالد والولد، ويقول برأيه فى مانعى الزكاة، وغيرها من المسائل التى واجهت المسلمين، دون أن يجدوا فى الأثر حكما صريحا لها. وهاهو الفاروق عمر، رضى الله عنه، يجتهد فى التعرف على المصلحة التى كانت لأجلها آية المؤلفة قلوبهم فى قول الله تعالى: «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم»(٢)، ويرى أن هذه المصلحة قد تغيرت بتغير ظروف الزمان والحال، ولم يعد المسلمون بحاجة إلى المؤلفة قلوبهم، فيجرى النص مجرى المصلحة، ويعطل سهم المؤلفة قلوبهم. كذلك قضى، رضى الله عنه، بعدم القطع على السارق فى عام المجاعة، بتغليبه آية الضرورة:

---

(١) الدكتورة نادية شريف العمرى - إجتهاد الرسول - المرجع السابق - ص ٢٢٠.
(٢) سورة التوبة - الآية ٦٠.

«فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم»(١)، على آية حد السرقة: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءا بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم»(٢). وهاهو عثمان بن عفان يبدى رأيه فى زكاة دين الدائن، ويقول، فيما روى عن عبدالله بن صالح عن الليث عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد «ان الصدقة تجب فى الدين الذى لو شئت تقاضيته من صاحبه، والذى هو ملىء، تدعه حياء أو مصانعة، ففيه الصدقة(٣). وهاهو على بن ابى طالب، رضى الله عنه، يقضى بالرأى كلما دعت إليه الضرورة، حتى قيل عنه «أنه اقضى أهل زمانه وأعلمهم بالفقه والشريعة. فكان رضى الله عنه يتجاوز التفسير إلى التشريع كلما وجب الإجتهاد بالرأى الصائب والقياس الصحيح»(٤).

وإذا انتقلنا من عهد الصحابة إلى عهد التابعين، رضوان الله عليهم أجمعين، نلتمس ظهور عدد كبير من الذين عرفوا بالإجتهاد والصلاح، الذين قد تخرجوا من مدرسة الصحابة، واستقوا من نبعهم، فكانوا إمتدادا لهم فى استنباط الأحكام ورفع الحرج عن المسلمين بسبب تشعب المسائل وتشابكها، نتيجة إتساع الدولة الإسلامية وشمولها لإناس أصحاب أعراف وثقافات وبينات مختلفة عن تلك التى كانت على أيام الصحابة. نذكر من هؤلاء الإعلام الأجلاء سعيد بن المسيب(٥)، وعطاء(٦)، وابراهيم النخعى(٧)، والحسن البصرى، وطاوس، ومكحول، ويخلف هؤلاء التابعين تابعو التابعين فى حمل لواء الإجتهاد

---

(١) سورة المائدة - الآية ٠٣.
(٢) سورة المائدة - الآية ٠٣٨.
(٣) قطب ابراهم محمد - السياسة المالية لعثمان بن عفان - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٨٦ - ص ٠٧٨.
(٤) عباس محمود العقاد - عبقرية على - الطبعة الأولى (١٩٧٤) - دار الكتاب اللبنانى - ص ٠١٣٩.
(٥) الذى قال فيه الصحابى الجليل ابن عمر: سعيد بن المسيب أحد المفتيين. الدكتور محمد سلام مدكور - الإجتهاد فى التشريع الإسلامى - المرجع السابق - ص ٠٦٦.
(٦) الذى قال فيه الصحابى ابن عباس: يا أهل مكة تجتمعون إلى وعندكم عطاء. الدكتور محمد سلام مدكور - الإجتهاد فى التشريع الاسلامى - المرجع السابق - ص ٠٦٦.
(٧) امام مدرسة الرأى فى الكوفة. الدكتور محمد سلام مدكور - الاجتهاد فى التشريع الإسلامى - المرجع السابق - نفس الموضع.

واستخراج الأحكام. فقد تأثر تابعو التابعين بأسلافهم فى تقدير الأدلة وطرق الإستنباط، وإن كانوا قد واصلوا الرسالة فى الإفتاء والقضاء فى الأمصار المختلفة للدولة الإسلامية(١).

أما فى عهد الإئمة الكبار، أصحاب المذاهب الجماعية، فإننا نجد أن الإجتهاد قد اتضحت اصوله وتكشفت معالمه على أيدى علماء المذاهب الجماعية الذين مازلنا نرتوى من نبعهم الذى رسموه لنا، وسنظل كذلك إلى أمد بعيد.

فها هو أبو حنيفة، رضى الله عنه، يضع المسائل التى لم تقع بعد، ولكن وقوعها محتمل، إن لم يكن فى الحاضر ففى المستقبل، ويقول بحكمها، ويحتج لمنهجه هذا، بقوله أننا نستعد للبلاء قبل نزوله، فإذا ماوقع عرفنا الدخول فيه والخروج منه(٢). وخير مثل لمنهج الإمام أبى حنيفة مسألة الثوب والقصار(٢).

---

(١) نذكر من أقضية التابعين وتابعيهم، التى بنيت على الإجتهاد، رفض القاضى شريح القضاء بشهادة أحد الزوجين للآخر، وبشهادة الأصول والفروع، بعضهم لبعض رغم أن الإمام عليا وبعض الصحابة كانوا يقضون بذلك.

كذلك أفتى التابعون وتابعوهم بعدم خروج النساء إلى المساجد، بسبب تعرض بعض الفساق لهن، وذلك على الرغم مما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال: لاتمنعوا اماء الله مساجد الله. الدكتور محمد سلام مدكور - الإجتهاد فى التشريع الإسلامى - المرجع السابق - ص ٦٧.

ونذكر من إجتهادات التابعين، أيضا، ماذهب إليه مسروق من أن من نذر أن يذبح ابنه فليذبح شاة، عكس ماذهب إليه الصابى ابن عباس من ضرورة ذبح مائة من الأبل. كذلك افتى التابعون وتابعوا التابعين بجواز التسعير حينما يظهر جشع التجار. وأفتوا بعدم قبول توبة قاطع الطريق فى الدنيا، ولو كان ذلك قبل القبض عليه، منعا من التهرب وسدا لباب الذريعة. الدكتور محمد سلام مدكور - المرجع السابق - ص ٦٩.

(٢) الدكتور مصطفى الشكعة - الأئمة الأربعة - الطبعة الثانية (١٩٨٣) - دار الكتاب المصرى بالقاهرة ودار الكتاب اللبنانى بيروت - ص ١٥٦.

(٢) المستشار عبدالحليم الجندى - أبو حنيفة بطل الحرية والتسامح فى الإسلام - طبعة ١٩٦٦ - ص ٨٧. وتتلخص فى أن أبا يوسف اتخذ له مجلسا للفتوى دون أن يأذن له استاذه أبوحنيفة. فلما علم أبوحنيفة بذلك ارسل اليه صديقا يستفتيه فى شخص اتفق مع ترزى على أن يقصر له قميصه فى مقابل درهم. فلما رجع صاحب القميص أنكر -

ولئن كان أبو حنيفة، طوال عمره رافضا ولاية القضاء لدينه وورعه، إلا أن بعض تلاميذه قد تولوا القضاء. ومن أقضيتهم نستطيع أن نستخلص أن الأحناف، باعتبارهم أهل رأى، كانوا يجتهدون فى الفصل فى المسائل المعروضة عليهم بالرأى. فأبويوسف رضى الله عنه عندما شك فى شهادة شهود الهادى أمير المؤمنين رجع إلى الإجتهاد الذى أوصله إلى الحقيقة فى النزاع، والذى تتلخص وقائعه فى أن أمير المؤمنين الهادى قد خوصم بشأن بستان، وأتى بشهود شهدوا له. فكان ظاهر الأمر أنه صاحب الحق. لكن الحقيقة على خلاف ذلك تماما. وحينما شك أبويوسف فى شهادة الشهود لم يكتف بها، للفصل فى النزاع، استنادا إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لنا الظاهر والله يتولى السرائر»، وإنما إجتهد، وقاده إجتهادة إلى ضرورة معرفة سرائر القضية قبل الفصل فيها، فاستغل فرصة أن قال له أمير المؤمنين الهادى: ماصنعت فى الأمر الذى يتنازع اليك فيه. فقال: خصم أمير المؤمنين يسألنى أن أحلف أمير المؤمنين إن شهوده شهدوا على حق. فقال له الهادى: وترى ذلك. فقال: لقد كان ابن ابى يعلى يراه. فقال الهادى، فى الحال، لأبى يوسف: أردد عليه البستان فى الحال»(١).

والإمام مالك، رضى الله عنه، رغم اكثاره من الحديث، كان يقول

- القصار عليه قميصه، ثم عاد بعد ذلك وأرسل إليه ليأخذ قميصه، فهل تجب الأجرة للقصار؟ وقال له أبوحنيفة إن قال نعم فقط أخطأ، وإن قال لا فقد أخطأ.

وحينما وصل الرسول إلى ابى يوسف وسأله حكم المسألة فقال أبويوسف يجب للقصار الأجر. فقال له الرسول أخطأ أبويوسف. فانتظر أبويوسف برهة، ثم قال لا يجب للترزى الأجر. فقال الرسول أخطأت. وحينئذ علم أبويوسف بأنه ماكان له أن يتخذ مجلسا للفتوى مادام أبوحنيفة لم يأذن له، وعلم أن أبوحنيفة هو الذى أرسل له المسألة فرجع إليه يطلب الحكم.

قال أبو حنيفة إن كان قد قصر القميص لنفسه، فلا يستحق الأجرة، وإن كان قد قصره لصاحبه فتجب الأجرة على صاحب القميص.

(١) عمل قاضيا للمهدى وللهادى، وقاضى قضاة فى عهد الرشيد.

(٢) الدكتور مصطفى الشكعة - الأئمة الأربعة - المرجع السابق - ص ٢١٠.

بالرأى والإجتهاد. فقد أباح ضرب السارق حتى يقر(١)، كما أباح إجبار من لايوجد عنه عوض لتولى منصب القضاء، حتى ولو اقتضى ذلك حبسه أو ضربه(٢).

والإمام الشافعى أخذ يخبر الواحد وقدمه على القياس، ولو لم يكن موافقا لعمل أهل المدينة، كما أنه جعل الكتاب والسنة فى طبقة واحدة(٣).

أما الإمام أحمد بن حنبل فقد أخذ بالمصلحة المرسلة، كما أخذ بالاستحسان وسد الذرائع وفتحها(٤).

صفوة القول، أن الفقهاء المسلمين والقضاة المسلمين، باستثناء أهل الظاهر، يقولون بالدور الخلاق للقاضى، حتى يتمكن من أن يواجه مايعرض عليه من منازعات جديدة بسبب الظروف الجديدة التى لم يكن للسلف عهد بها. والمجتهد، قاضيا كان أم مفتيا أم عالما، لايخرج، فى استباطه للأحكام، عن مصادر التشريع الإسلامى. فهو «امامه اجمالا أربع وسائل: الأولى تعيين المراد من النص الظنى بحيث يمكن أن يتضح اندراج حكم الواقعة المعروضة تحته. الثانية: تعليل النص بحيث يمكن أن يقاس حكم الواقعة الجديدة والتى ليس فيها نص على حكم الواقعة المنصوصة. الثالثة: إدخال الفروع تحت الأصول العامة ونشدان المصلحة واستلهام روح الشريعة ومقاصدها الكلية وذلك بالتطبيق على القاعدة العامة التى تصبح الواقعة المعروضة إحدى جزئياتها ومندرجة تحتها.

---

(١) الدكتور محمد على محجوب - المدخل لدراسة التشريع الاسلامى والنظريات العامة فى المعاملات - المرجع السابق - ص ١٩٦.

(٢) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، على متن العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك، لابن عبدالله الشيخ محمد احمد عليشى - الجزء الأول - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ص ١٣.

(٣) الدكتور محمد سلام مدكور - الإجتهاد فى التشريع الإسلامى - المرجع السابق - ص ٧٥.

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور - الإجتهاد فى التشريع الإسلامى - المرجع السابق - ص ٧٦.

الرابعة: الجمع بين الدليلين أو الترجيح بينهما بعد الحكم عليهما بالتعادل أو التعارض»(١). وبمعنى آخر يلتزم القاضى ، أولا، بالنظر فى الكتاب والسنة. فإن وجد فيهما الحكم عمل به، غاضا الطرف عن غيره من أحكام، قد تتبادر إلى ذهنه. وإن لم يجد أخذ بظاهر الكتاب والسنة، مراعيا فى الظاهر دلالاته المختلفة من عبارة وإشارة ونص واقتضاء. فإذا لم يجد الحل الذى يحسم النزاع المعروض رجع إلى الإجماع، ثم إلى القياس. فإن أعوزه ذلك كله وجب عليه التمسك بالبراءة الأصلية، ثم بغيرها من الأدلة المعتبرة فى نظره. وعليه، فى حالات التعارض الظاهرى بين الأدلة، أن يبدأ بطريقة الجمع على وجه مقبول. فإن لم يوفق فى ذلك رجع إلى الترجيح بالمرجحات. فإن أعوزه وجب عليه العمل بالمتأخر(٢).

---

(١) الدكتورة نادية شريف العمرى - إجتهاد الرسول - المرجع السابق - ص ١٩٢.
(٢) الدكتورة نادية شريف العمرى - إجتهاد الرسول - المرجع السابق - ١٩٢، ١٩٤.

القسم الثانى

أحكام تطويع العقد

تمهيد وتقسيم:

١٥٣ - حددنا في القسم الأول، من هذه الرسالة، الدور الذى يلعبه طرفا الرابطة العقدية، والدور الذى تلعبه جهة الإدارة، والدور الذى يلعبه القاضى، فى مواجهة الآثار التى تترتب على تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، بما يترتب عليها من اختلال فى العدالة التعاقدية.

لكن هذا الدور الذى يهدف إلى إعادة التوازن الإقتصادى للعقد، ليس حرا طليقا من القيود، بل إنه مرهون بمجموعة من الضوابط التى تجعله فى حدود المعقول، دون مغالاة أو تهاون.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه عندما تتوافر ضوابط التطويع، تلك، تترتب عليها مقتضياتها. أى تترتب عليها مجموعة من النتائج تؤثر فى الرابطة العقدية محل التطويع.

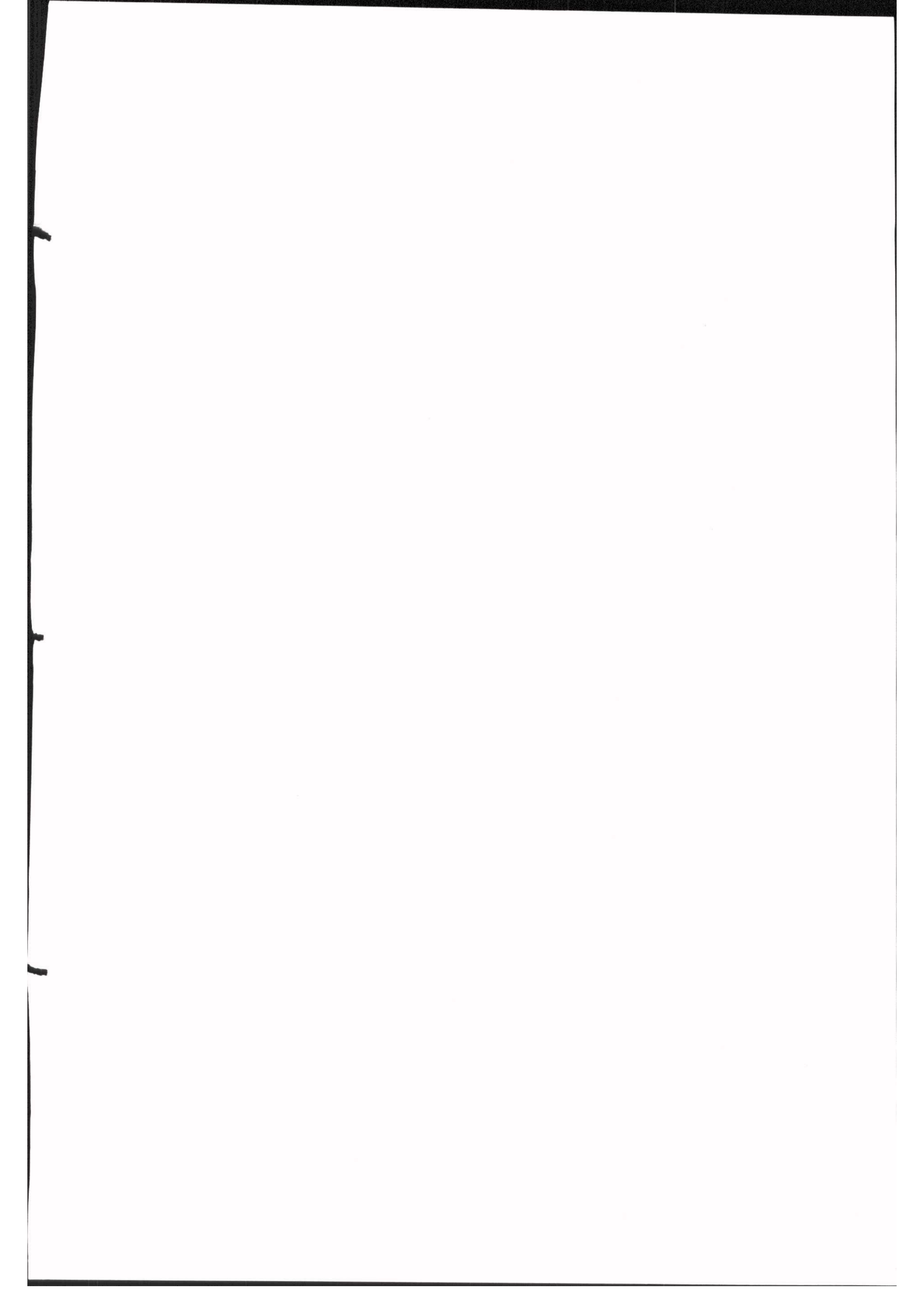
ولبيان ضوابط التطويع، ونتائجه فى الرابطة العقدية، خصصنا هذا القسم، من الرسالة، والذى سيشتمل على بابين:-

الباب الأول : ضوابط تطويع العقد.

الباث الثانى : نتائج تطويع العقد.

الباب الأول

ضوابط تطويع العقد



تمهيد وتقسيم :

١٥٤ - ينحصر مجال اعمال فكرة التطويع فى العقد دون غيره من الأعمال القانونية الأخرى. بل وفى نطاق العقود تثور الشكوك حول انطباق فكرة التطويع على البعض منها. وهذا يقتضى منا بيان الحد الفاصل بين الأعمال القانونية التى تجد فكرة التطويع مجالا للإعمال فيها، وبين الأعمال القانونية التى تخرج من نطاق التطويع.

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإن فكرة التطويع لا تثور إلا إذا حدث تغير فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، على شرط أن تتوافر فيه بعض المواصفات التى يؤدى تخلف أى منها إلى عدم إنطباق فكرة التطويع. وهذا يوجب علينا أن نعرض لهذا التغير ومايشترط فيه من مواصفات.

وفى الأخير، يمكن القول أن التغير فى الظروف الإقتصادية لايقود إلى تطويع العقد، على الرغم من توافر كافة الأوصاف المطلوبة فيه، إلا إذا ترتب عليه اختلال فى التوازن الإقتصادى للعقد، وهو مايقود إلى القول بأن أثر التغير يمثل الضابط الثالث لفكرة تطويع العقد وهذا يتطلب منا أن نبين ضابط الأثر المترتب على التغير.

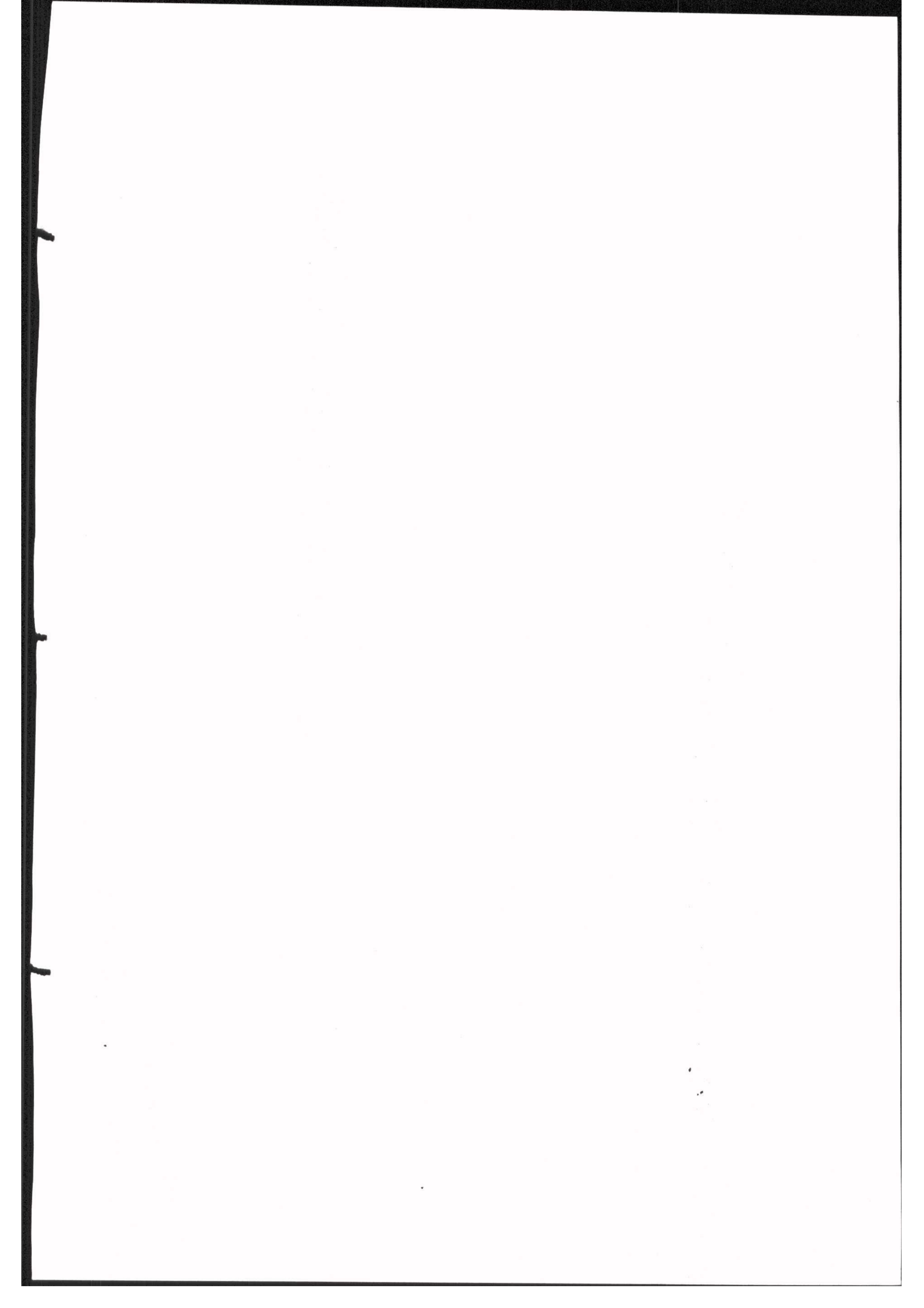
وعلى هذا النحو، تتمثل ضوابط تطويع العقد، لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، فى ضابط العمل القانونى، وضابط التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية، وضابط الأثر المترتب على هذا التغير.

لذلك تقوم خطة دراستنا لهذا الباب على تخصيص فصل مستقل لكل ضابط من هذه الضوابط الثلاثة، على النحو التالى:-

الفصل الأول : ضابط العمل القانونى.

الفصل الثانى : ضابط التغير فى الظروف الإقتصادية.

الفصل الثالث : ضابط الأثر المترتب على التغير.



الفصل الأول

ضابط العمل القانونى

١٥٥ - لا ينشأ الإلتزام دائما عن العقد، بل إن العقد هو واحد من مصادر متعددة يمكن لكل منها أن يولد الإلتزامات، وإن كانت كلها ترجع إلى مصدر واحد هو «الواقعة القانونية».

وتفصيل ذلك أن الحدث الذى يحرك العلاقات الإجتماعية التى، بالفرض، تكون قبل وقوعه فى حالة من السكون التى توقف كل حركة. هذا الحدث يطلق عليه «الواقعة القانونية» مادام يؤدى إلى ترتيب آثار قانونية. وتنقسم الواقعة القانونية، بحسب تدخل أو عدم تدخل الإرادة الإنسانية فيها، إلى وقائع طبيعية، كالميلاد أو الوفاة أو القرابة أو غيرها، وإلى وقائع إختيارية، تكتسب وصفها هذا لأن من ورائها إرادة إنسانية قامت بتحريكها. كالأكل والشرب والتعاقد وإصدار القرارات والأحكام وغيرها.

وتحتوى الوقائع الإختيارية، بدورها، على نوعين من الوقائع: أعمال مادية، إما ممنوعة، كالتعدى على نفس الغير أو ماله، وإما مشروعة، كإصدار القرارات الإدارية أو الأحكام القضائية أو الفضالة، وغير ذلك من صور الأعمال المادية. والنوع الثانى الذى تحويه الوقائع الإختيارية هو الأعمال القانونية التى قد تكون من طرف واحد، كالوصية أو الوعد بجائزة أو الوقف، مثلا، وقد تكون ثنائية أو متعددة الطرف. وهى العقود من بيع وإيجار وشركة وغيرها.

ويرتب القانون على الوقائع الطبيعية التزامات معينة على عاتق بعض الأفراد، إستنادا إلى إعتبارات العدالة والتنظيم الإجتماعى، كالإلتزامات الناتجة عن الجوار، وكالإلتزام بالنفقة على الأقارب. ومن هنا فإن هذه الإلتزامات تستند مباشرة إلى القانون، ويعتبر الأخير هو المصدر المنشىء لها. أما الأعمال المادية الممنوعة فإن ماتنشئه من التزامات يجد مصدره المباشر فى العمل غير المشروع. وتجد الإلتزامات الناتجة عن عمل مادى مشروع مصدرها

المباشر فى هذا العمل: القرار الإدارى المنشىء أو الحكم القضائى المنشىء أو الإثراء بلا سبب (الفعل النافع). والأعمال القانونية وحيدة الطرف يجد ماينشأ عنها من التزامات مصدره المباشر فى هذه الإرادة، فى حين تجد الإلتزامات المتولدة عن الأعمال القانونية ثنائية أو متعددة الأطراف مصدرها المباشر فى توافق إرادة هذين الطرفين أو هؤلاء الأطراف، أى فى العقد. ولذلك يعد العقد المصدر المباشر لهذه الإلتزامات.

ومن هنا، يمكننا القول بأن كلا من العقد، والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع، والإثراء بلاسبب، والقرار الإدارى(١)، والحكم القضائى المنشىء(٢)، ونصوص القانون(٣) ،يمكنها أن تنشىء التزامات على عاتق الأفراد.

---

(١) الدكتور سمير عبدالسيد تناغو - القرار الإدارى مصدر للحق - طبعة ١٩٧٢.

(2) S. TANAGHO, De l`obligation judiciaire, These, Paris, L.G.D.J., 1965.

(٣) تحصر معظم التشريعات الوضعية مصادر الإلتزام فى خمسة، هى العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ونصوص القانون. لكن يخرج القانون المدنى لجمهورية اليمن الديمقراطية على هذا النهج، ويضيف إلى المصادر الخمسة السابقة مصدرين آخرين هما القرار الإدارى والخطة.

وفى الفقه الإسلامى تحصر مصادر الدين (وهو مايقابل الإلتزام عند فقهاء القانون الوضعى) فى العقد والإرادة المنفردة (مع ملاحظة أن الإرادة المنفردة ذات مجال متسع عند الفقهاء المسلمين حتى لتشمل بعض العقود عند الفقهاء الوضعيين) والجناية على النفس، ممثلة فى الدية والأرش وحكومة العدل، والإتلاف والغصب والسرقة وقطع الطريق والتغرير ودفع غير المستحق وغيرها من الوقائع التى نص عليها الشرع الإسلامى.

الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٦١، ٦٢.

وهذه المصادر تغطى جميع جوانب مصادر الإلتزام فى الفقه القانونى الوضعى، لأن تلك المصادر كما يقرر الأستاذ أحمد ابراهيم، «اما عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقا على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقد وبحكم الشرع، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الالهى، أو ترتيبا على فعل صدر عن الإنسان لم يرد فيه وقت صدوره عنه، ترتيب أى التزام عليه، لكن الشرع هو الذى يرتب الإلتزام عليه، وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائنا لغيره شرعا. فالأول يتناول العقد والإرادة. والثانى يتناول شيئين: أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب، وثانيهما ماكان سببه المباشر فعلا ضارا يصير به الفاعل ملزما بتعويض الضرر، أو فعلا نافعا لغيره يصير به الإنسان دائنا لذلك الغير بذلك الفعل شرعا».

ولكن ما يعنينا بصدد بحثنا من كل هذه المصادر هو العقد. فهدفنا من هذا العمل هو بحث إمكانية تطويع الإلتزامات العقدية، نتيجة لتغير حدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. ومن هنا، فإن أول ماقاد إليه ضابط العمل القانونى هو استبعاد المصادر غير العقدية للإلتزامات، على اختلاف انواعها، من مجال البحث، وحصر مجال الكلام فى الإلتزامات العقدية، دون سواها.

إذن، ينحصر مجال اعمال فكرة التطويع فى العقود وحدها. لكن هل تغطى هذه الفكرة كل العقود أم أن هناك بعض العقود تهرب من عملية التطويع لملاءمة الظروف الإقتصادية.

يجرى الفقه(١) على إجراء العديد من التقسيمات على العقود، بحسب الزاوية التى ينظر منها إلى العقد، يهمنا منها هنا ثلاثة تقاسيم، لاتصالها بموضوع البحث. أول هذه التقاسيم الثلاثة هو تقسيم العقود إلى عقود فورية وعقود مستمرة. الأولى لا يكون الزمن عنصرا أساسيا فيها، كالبيع والمقاولة، على حين أن الثانية يكون الزمن، فيها، عنصرا أساسيا، يتحدد، على

الأستاذ/ أحمد ابراهيم - مذكرات فى الشرع الإسلامى - ص ٣٦، ٣٧ - أشار إليها الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٦٢ - وكذلك أشار إليها الدكتور خالد عبدالله عيد - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ١٩ هامش ١.

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ١٨٦ - ف ٤٦.

الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز - المرجع السابق - ص ٢٠ ومابعدها - فقرة ١٤ ومابعدها.

BORIS STARCK, les Obligations, Op. Cit., P. 357. No. 1986, et Suiv.

ALEX WEILL et Francois TERRE, Droit Civil, Les obligations, Op. Cit., P. 37 et suir. No. 32 et Sruv.

JACQUES GHESTIN, Le contrat, Op. Cit., P. 6 et suiv. No. 8 et suiv.

مقتضاه، كم الإلتزامات التى تقع على عاتق الطرفين أو على عاتق أحدهما، كعقد العمل أو عقد الإيجار أو عقد التوريد. لكن يجب عدم الخلط بين عقود المدة هذه والعقود الفورية التى يؤجل فيها الوفاء أو يقسط، كعقد بيع الوحدات السكنية تحت الإنشاء أو عقد البيع بالتقسيط. ولايخرج التأجيل أو التقسيط مثل هذه العقود من إطار العقود الفورية، لأن الزمن يظل فيها عنصرا عرضيا، لايؤثر فى كم الإلتزامات، على حين أنه فى عقود المدة عنصر جوهرى.

والتقسيم الثانى للعقود هو تقسيمها إلى عقود محددة وعقود إحتمالية، ويكون التزام المتعاقد وحقه، فى الأولى، معروفا منذ إبرام العقد، فى حين أن معرفة التزام وحق المتعاقد تتوقف، فى النوع الثانى، على أمر لاحق على إبرام العقد. فعقد التوريد وعقد العمل وعقد الإيجار وعقد البيع من أمثلة العقود المحددة، على حين يعد عقد المرتب مدى الحياة وعقد المراهنة الجائزة وعقد التأمين من أمثلة العقود الإحتمالية.

أما التقسيم الثالث للعقود فهو تقسيمها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد. والأولى تسمى بالعقود التبادلية، وتولد منذ ابرامها التزامات متقابلة فى ذمة طرفيها، كعقد البيع أو الإيجار أو الشركة، على حين أن العقود الملزمة لجانب واحد تنشأ منذ إبرامها التزاما أو التزامات على عاتق أحد الطرفين، دون أن تقابله التزامات على عاتق الطرف الآخر، كالهبة والوديعة غير المأجورة.

تعرضنا فى إيجاز لهذه التقاسيم الثلاثة، من بين التقاسيم التى يوردها الفقه للعقود، لأنه إذا كان تطبيق فكرة التطويع على العقود الممتدة والعقود الملزمة للجانبين والعقود المحددة لايثير شكا، إلا أنه محل خلاف بالنسبة للعقود الفورية والعقود الملزمة لجانب واحد والعقود الإحتمالية، الأمر الذى يقتضى منا التطرق إلى هذا الخلاف.

لذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نخصص:

المبحث الأول : لمدى آشتراط أن يكون العقد مستمرا.

والمبحث الثانى: لمدى اشتراط أن يكون العقد محددا.

والمبحث الثالث : لمدى اشتراط أن يكون العقد ملزما للجانبين.

المبحث الأول

مدى اشتراط أن يكون العقد مستمرا

١٥٦ - يثور التساؤل عن مدى قصر اعمال حكم تغير الظروف على عقود المدة دون غيرها. والسبب فى ذلك أن هذه العقود، وحدها، هى التى تقتضى، بطبيعتها، فسحة من الزمن تفصل بين ابرامها وبين تنفيذها أو، على الأقل، تنفيذ جزء منها. وخلال هذه الفسحة، يمكن أن تتغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، مما يقتضى البحث عن وسيلة تعيد التوازن إلى الأداءات العقدية التى انقلبت بفعل هذا التغير. أما العقود الفورية، فإنها بطبيعتها تبرم وتنفذ فى وقت واحد، كأصل عام، وبالتالى، فإنها لا تعطى للظروف الإقتصادية فسحة من الزمن يمكن أن تتغير خلالها. ولكن إذا كانت فكرة التطويع تهدف إلى تحقيق العدالة بين المتعاقدين، فإنه يثور التساؤل عن مدى إنطباقها على العقود الفورية، إن حاق بأحد طرفيها ظلم فادح تولد عنه ثراء فاحش للطرف الآخر.

من الناحية النظرية يمكن تصور ثلاثة آراء فى الموضوع: الأول هو أن فكرة التطويع، لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، لاتجد لها مجالا إلا فى عقود المدة، باعتبار أن المدة هى التى تفسح المجال لتغيير الظروف. والرأى الثانى، هو أن العقود الفورية المؤجلة التنفيذ تتوافر، أيضا، على شرط المدة التى تفسح المجال لتغير الظروف، على الرغم من أنها (أى المدة) ليست عنصرا جوهريا فى العقد، بل هى عنصر عرضى لايؤثر فى كم الإلتزامات أو الحقوق، الأمر الذى يستوجب تطبيق فكرة التطويع عليها، أيضا. أما الرأى الثالث فيقوم على أنه إذا كانت فكرة التطويع تقوم على إقامة العدالة فى أداءات الطرفين، والتى اختلت بفعل تغير الظروف التى ابرم العقد فى ظلها، فإنها تمتد لتشمل العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ، مادامت الحكمة من التطويع متوافرة.

ومن يتتبع آراء الفقهاء، فى هذا الخصوص، يجدها مقسمة بين الآراء الثلاثة السابقة، على التفصيل التالى:-

أولا : الرأى المضيق:

يضيق جانب من الشراح من مجال أعمال حكم الظروف الإقتصادية المتغيرة إلى أبعد حد ممكن، عندما يقصرونها على عقود المدة دون سواها. فهم يذهبون إلى القول بأن العقود الفورية، حتى ولو كانت مؤجلة التنفيذ، لاتدخل تحت تطبيق أى نظرية أو فكرة تعمل أثر تغير الظروف.

وفى تطبيق المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى يقول أنصار الرأى المضيق: «إن المشرع مادام لم يحدد العقود التى تنطبق عليها النظرية، كما فعل المشرع الإيطالى فى المادة ١٤٦٧، فيجب أن يكون العقد المراد تطبيقها عليه من العقود التى تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ إما لأن الزمن عنصر أساسى فى تنفيذ الإلتزام كعقود المدة، أو لأن العمل المراد تحقيقه يستغرق مدة من الزمن كعقود الإستصناع. أما العقود الأخرى التى يكون التأجيل فيها تحكميا، لم يقصد به إلا تسهيل التنفيذ على المدين، فلا تنطبق عليها النظرية»، «ويؤكد هذا النظر أن تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقتضى أن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول بالنسبة إلى الحاضر فقط، دون مساس بمستقبل العقد، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان العقد من خاصيته التعاقب، بمعنى أنه يتضمن جملة أداءات يمكن أن يعتبر كل منها محلا لعقد مستقل، فإذا جدت ظروف تجعل التزام المدين مرهقا بالنسبة لأحدها خفف عنه العبء بالنسبة إلى هذا الأداء، فقط، وتبقى الأداءات الأخرى المستقبلية محكومة بنص العقد لايتعدى إليها حكم القاضى»(١). فالمشرع «المصرى فى إستحداثه لنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ إنما استجاب لما أشارت به

---

(١) الدكتور محمد على عرفه - شرح قانون الإصلاح الزراعى - الطبعة الثانية (١٩٥٤) - القاهرة - ص ٥٠، ٥١.

محكمة النقض من وجوب وضع تشريع للأخذ بالنظرية وكانت هذه الإستجابة من المشرع بمناسبة تطبيق النظرية على عقد التوريد، وهو من عقود المدة وليس عقدا فوريا، مما يدل على أن المشرع قد هدف إلى حصر نطاق تطبيق النظرية فى العقود الزمنية دون العقود الفورية»(١). فالعقود الزمنية تمتاز، دون غيرها، بخاصيتى التعاقب والتقابل. ومن مقتضى الخاصية الأولى اشتمال العقد على مجموعة من الأداءات، يعتبر كل منها أساسا لعقد قائم بذاته، فى حين أن وجود توازن بين الأداءات المختلفة منذ لحظة إبرام العقد وحتى الفراغ من تنفيذه يعتبر من مقتضيات الخاصية الثانية. وعليه تكون خاصيتا التعاقب والتقابل هما مبرر تطبيق نظرية تغير الظروف فى نظر أنصار هذا الرأى. ولما كانت هاتان الخاصيتان غير متوافرتين إلا فى العقود الزمنية، فإن إعمال حكم تغير الظروف يكون مقصورا على هذه النوعية من العقود، دون غيرها(٢).

وسيرا على هذا الرأى ذهبت محكمة القاهرة الإبتدائية إلى أنه «يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة المستمدة من النص المذكور شروط أربعة: الأول، أن يكون العقد الذى تثار النظرية بشأنه متراضيا. والمقصود بالعقود المتراخية التى تطبق عليها النظرية العقود الزمنية، أو كما يسميها بعض الشراح، عقود المدة، وهى تلك العقود التى يكون الزمن عنصرا أساسيا فيها، وركنا جوهريا فى تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها ...»(٣).

ومن مجمل أقوال أنصار هذا الرأى يمكننا أن نستنتج أنهم يبنون رأيهم على حجتين اثنتين: الأولى، هى أن المشرع المصرى لم يحدد، كما فعل نظيره

---

(١) المستشار حنفى محمد غالى - نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقهما على عقود بيع أملاك الدولة - مجلة إدارة قضايا الحكومة - س ٢ - ع ٣ - ص ١٢٨.

(2) M. WALINE, Precis de droit administratif, edition Montchrestin, 1969, P. 428.

(٣) مدنى كلى القاهرة بتاريخ ١٩٥٧/٥/٣٠ فى القضية رقم ٨٠٨، سنة ١٩٥٥، حكم غير منشور.

الإيطالى، العقود التى ينطبق عليها نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، الأمر الذى يستوجب، فى نظرهم حصر مجال تطبيقها فى عقود المدة، دون غيرها، لأنها وحدها، تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ. والحجة الثانية، هى أن الجزاء الذى وضعه المشرع، عند توافر شروط النظرية، يقتصر على الحاضر فقط، دون المستقبل، وهو مايستوجب أن يكون من خاصية العقد الخاضع لها التعاقب. وهذا لا يتوافر إلا فى العقود الزمنية فقط.

ثانيا : الرأى الموسع :

لا يولى جانب من الفقهاء عنصر الزمن أى إهتمام، عند بحث علاج التقلبات الإقتصادية. فالعبرة، عندهم، هى بتنفيذ العقد أو عدم تنفيذه. فإذا نفذ العقد، فلا يمكن أن يقبل أى كلام عن التدخل فى الرابطة العقدية تحت إعتبار تغير الظروف. أما إذا كان العقد لم ينفذ فإنه يفتح المجال للتدخل فيه، إن اقتضت التغيرات الإقتصادية ذلك، حتى ولو كان عقدا فوريا، غير مؤجل التنفيذ(١).

وطبقا لهذا الرأى يمكننا تصور إعمال فكرة التطويع فى خصوص عقود المدة، وفى خصوص العقود الفورية المؤجلة، بل وغير المؤجلة التنفيذ، إذا ماحدث بعد إبرام العقد، وقبل تنفيذه، أن تغيرت الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها.

حقا، إن فرض تطبيق فكرة التطويع على العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ فرض نادر الحدوث فى الحياة العملية(٢)، لكنه متصور. فمثلا لو باع المزارع حصيلة مزارعه من القطن للتاجر، وحدث، قبل أن يقوم

---

(١) الدكتور على محمد على عبدالمولى - الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الادارى - الرسالة سالفة الإشارة - ص ١٤٨.

(٢) الدكتور عبدالحى حجازى - عقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ - رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول عام ١٩٥٠ - مطبعة جامعة فؤاد الأول - ١٩٥٠ - ص ١٦٦.

(٣) نفس المرجع السابق - ونفس الموضع - وسبب ندرة هذا الفرض فى الحياة العملية أن شروط عدم التوقع قليلا مايتوافر فى العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ.

بالتسليم الذى اتفق على أن يكون فور التعاقد، أن علم الطرفان، عن طريق المذياع أو التلفاز، أن الدولة صارت هى المحتكر الوحيد لتجارة القطن وحددت سعر الشراء بأقل بكثير مما اتفق عليه البائع مع المشترى، صار للتطويع دور على الرغم من أن العقد فورى غير مؤجل التنفيذ، وينحصر دوره إما فى حل الرابطة العقدية أو تخفيض السعر المشترى به. كذلك لو اتفق المزارع مع تاجر السماد على أن يشترى الأول من الثانى كمية معينة من السماد بسعر محدد اتفقا عليه، ثم علما عن طريق المذياع أو التلفاز، عقب الإتفاق مباشرة، أن الدولة تبيع الأسمدة للمزارعين بسعر يقل النصف عن السعر الذى انعقد عليه اتفاق الطرفين، تتدخل فكرة التطويع لإعادة التوازن العقدى إلى ماكان عليه قبل التعاقد. وهكذا فى العديد من الأمثلة التى يمكن أن تساق للتدليل على إمكانية تطبيق فكرة التطويع على العقود الفورية، وحتى على غير المؤجل التنفيذ منها.

ولذلك، فإن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، طبقا لهذا الرأى، «يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تنفصل مابين صدور العقد وتنفيذه. على أن العقد إذا كان غير متراخ، وطرأت، مع ذلك، هذه الحوادث الإستثنائية عقب صدوره مباشرة، وإن كان ذلك لايقع إلا نادرا، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية، ولهذا آثر القانون المصرى .... أن يسكت عن شرط التراخى، فهو شرط غالب لا شرط ضرورى»(١). فنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى «قد ورد عمدا بصيغة عامة حتى يتسع مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة لجميع العقود التى تنفصل مابين ابرامها وتنفيذها فترة زمنية يطرأ خلالها حادث إستثنائى غير متوقع، يؤدى إلى جعل التنفيذ فيها مرهقا للمدين»، «وكان فى وسع القانون المصرى أن يقتدى فى هذا الشأن بالقانون الإيطالى، فيحصر تطبيق النظرية فى العقود ذات التنفيذ المستمر والعقود ذات التنفيذ المؤجل، ولكنه آثر التعميم على

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ٨٦٧ ومابعدها - بند ٤٢٠.

غرار القانون البولونى حتى تنبسط النظرية على كافة العقود حتى ماكان منها غير متراخ فى تنفيذه، إذا طرأ الظرف الإستثنائى عقب إبرامها مباشرة وقبل التنفيذ»(١).

فعند هذا الجانب، «أن العبرة فى تطبيق النظرية ليس لتراخى العقد وإنما لتنفيذه، ففى مرحلة التنفيذ ينحصر الإرهاق الذى يجب أن يرد إلى الحد المعقول، وهو الأساس الذى تقوم عليه النظرية لتحقيق مبدأ العدالة» فـ «إطلاق نص المادة ٢/١٤٧ يقضى بسريان نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود المحددة دون إستثناء، وإن الأساس الذى بنيت عليه وهو طروء حادث إستثنائى غير متوقع، يقضى بتطبيقها على كل عقد لم ينفذ، وإن الغاية التى شرعت من أجلها، وهى رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، تقضى بتسوية الجزاء المترتب من تطبيقها على جميع العقود التى تتوافر فيها شروط النظرية وعناصرها»(٢). ولذلك «تنطبق النظرية أيضا على كل عقد متراخى التنفيذ، وهى العقود ذات التنفيذ المؤجل، بل ويمكن أن تنطبق النظرية أيضا على عقود فورية التنفيذ فى بعض فروض قليلة الوقوع فى العمل»(٣). ويضيف أنصار هذا الرأى القول أنه إذا كان الظرف الطارىء يجب أن يقع عقب إبرام العقد «وقبل تنفيذه، وهذا يقتضى - غالبا - أن يكون تنفيذ العقد من شأنه أن يمتد فترة من الزمن يجد خلالها من الظروف الطارئة مايؤدى إلى الإخلال باقتصاديات العقد. ولهذا فإن التطبيقات الغالبة للنظرية تكون فى عقود امتياز المرافق العامة، وعقود التوريد، والنقل، والأشغال العامة. ولكن إذا كانت القاعدة السابقة هى الغالبة، فليس مايمنع من تطبيق النظرية، متى توافرت شروطها، إذا كان العقد غير متراخ، وطرأت الحوادث الإستثنائية عقب

---

(١) الدكتور السنهورى - تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعى - مجلة المحاماة - س ٤١ - ع ١ - ص ١٠٧، ١٠٨.

(٢) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - طبعة دار الفكر (١٩٧١) - ص ١٣٣، ١٣٤.

(٣) شمس الدين الوكيل - دروس فى الإلتزامات - الطبعة الأولى - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ١٤٨، ١٤٩.

صدوره مباشرة، وإن كان ذلك نادر الوقوع(١)،(٢).

وتسير أحكام محكمة القضاء الإدارى(٣)، وأحكام المحكمة الإدارية العليا(٤)، على هذا الرأى الموسع. فهذه الأحكام «تستخدم إصطلاح العقد الإدارى دون أى استلزام لمدة معينة فى تنفيذ العقد كشرط لتطبيق النظرية»(٥).

ومن مجمل أقوال أنصار هذا الرأى يمكننا أن نستخلص أنهم يضعون شرطا للتدخل فى العقد يتمثل فى تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها، وإن يترتب على هذا التغير انقلاب المراكز الإقتصادية للمتعاقدين رأسا على عقب، ثم يستوى، بعد ذلك، أن يكون العقد من عقود المدة أم من العقود الفورية، بل، فى العقود الفورية، يستوى أن يكون العقد مؤجل التنفيذ أو حال التنفيذ، فعند هؤلاء الشراح لا مبرر لتقييد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى.

ثالثا : الرأى الوسط :-

إذا كان أنصار الرأى المضيق يقصرون التدخل فى العقود، نتيجة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرمت فى ظلها، على عقود المدة دون سواها، وكان

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) - الطبعة الثالثة - دار الفكر العربى - ص ٦٧٨.

(٢) ويعد من أنصار هذا الرأى الموسع كذلك، أسعد الكورانى (نظرية الحوادث الطارئة - سالف الفكر - ص ٢٣.
والدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر - ص ٢٥٨.

(٣) يراجع حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٦٠/٦/١٩ - مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى - س ١٤ - ص ٢٦١.

(٤) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى الطعنين رقمى ١١٢٤، ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق - مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا - س ١٢.

(٥) الدكتور على محمد على عبدالمولى - الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى - رسالته سالفة الذكر - ص ١٥١.

أنصار الرأى الموسع يقولون بتطبيق فكرة التدخل فى العقود لإعمال أثر الظروف الإقتصادية المتغيرة، فى كل العقود، سواء أكانت من عقود المدة أم كانت من العقود الفورية مؤجلة أو غير مؤجلة التنفيذ، فإن هناك من يذهب إلى القول بأن التدخل يجب ألا يقتصر - كما يذهب أنصار الرأى المضيق - على عقود المدة، وإنما يجب أن يغطى بالإضافة إلى عقود المدة العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، دون أن يمتد - كما يذهب أنصار الرأى الموسع - ليغطى العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ(١). ولذا يمكننا أن نطلق على أنصار هذا الرأى، الوسط.

ويستند أنصار هذا الرأى، فيما يذهبون إليه، إلى أن إنعدام الفاصل الزمنى بين ابرام العقد وتنفيذه، فى العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ يجعل من تغير الظروف الإقتصادية، التى ابرم العقد فى ظلها(٢)، أمرا غير متصور التحقيق. وبمعنى آخر، يجب، عند أنصار هذا الرأى، «أن يكون العقد متراخيا فى تنفيذه، بمعنى أن تمضى فترة بين إبرام العقد وتنفيذه، إذ لايتصور، بغير هذه الفترة، طروء حوادث إستثنائية، فى أثناء تنفيذ التزام ناشىء عنه، ويكون النطاق الطبيعى للنظرية فى العقود المستمرة والعقود الفورية المؤجلة(٣). فعند أنصار هذا الرأى يكون «مجال تطبيق نظرية الحوادث الطارئة هو العقود المستمرة أو الفورية المؤجلة كعقود التوريد وعقود المقاولات وعقود البيع المقسط الثمن فيها على سنوات .....»(٤). فلابد وأن

---

(١) الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٣٢٩ - بند ٢٦٩، إذ يرى أن هذا الحكم ينطبق «على كل عقد تفصل مابين ابرامه ومابين تنفيذ جميع الإلتزامات الناشئة منه فترة زمنية طويلة نسبيا بحيث تسمح بتغير الظروف فى خلالها».

(٢) وهذا التغير هو أساس التدخل فى العقود.

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - الجزء الأول - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ١٥٥ - فقرة ١٤٢.

(٤) الأستاذ زكى سعيد البدرمانى - ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ونظرية الظروف الطارئة - المحاماة - س ٣٣ - العدد الخامس - ص ٨٤٥.

يكون العقد متراخيا فى تنفيذه حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة(١)، أو حتى يمكن التدخل فى العقود، بصفة عامة، من أجل تطويعها لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة.

ومن عرض أفكار هذا الرأى، يمكننا أن نستخلص أنه يتفق مع الرأى المضيق فى ضرورة إبعاد العقود الفورية مادام التنفيذ فيها غير مؤجل. فى حين أنه يتفق مع الرأى الموسع فى إضافة العقود الفورية المؤجلة التنفيذ إلى جانب عقود المدة، فى مجال التدخل فى العقد، قصد تطويعه.

تقييم هذه الآراء الثلاثة :

تقوم فكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية، فى نظرنا، على أساس من العدالة. فالعدالة تستوجب إعادة التوازن إلى إقتصاديات العقد، إذا إختل هذا التوازن، بفعل التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها هذا العقد. ولذلك فإن الرأى الذى يتفق وهذا الأساس هو الرأى الواسع.

فإذا كان الرأى المضيق يذهب إلى قصر تطبيق التدخل فى الرابطة العقدية على عقود المدة، دون سواها، إستنادا إلى نص المادة ٢/١٤٧ من

---

(١) الدكتور أسماعيل غانم - فى النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام طبعة ١٩٦٦ ص ٣١٥ - بند ١٥٦.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن «المشرع قد أطلق التعبير بالإلتزام العقدى دون أن يخصص نوعا من الإلتزام التعاقدى بعينه وإنما أورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن، يطرأ خلالها حادث إستثنائى عام غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين، فإن هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى، كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين، لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين» نقض مدنى بجلسة ١٩٦٢/١/٣ فى الطعن رقم ٢٦/٢٦٣ ق - م نقض م - س ١٤ - ص ٢٧ - رقم ٣، وكذلك بجلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ٢٧/٢٤٠ ق - م نقض م - س ٨٣ - ص ١١٧٤ - ق ١٨٦، وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٦٥/٢/١٨ فى الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٠ ق - م نقض م - س ١٦ - ص ١٩١ - ق ٣٠.

القانون المدنى المصرى. فإننا نرى أن هذا النص يخدم الرأى الواسع، أكثر مما يخدم أنصار الرأى الضيق، بإعتبار أن المشرع المصرى، بخلاف نظيره الإيطالى، استعمل نصا عاما، ولم يذكر فيه حالات تطبيقية، الأمر الذى يستوجب تركه على عمومه. أما إستناد أنصار الرأى الضيق إلى أن الجزاء يطبق على حاضر العقد دون المساس بمستقبله، فإننا نسلم به. لكن يجب ألا يختلف الأمر، بالنسبة له، بين ما إذا تضمن العقد أداء واحدا أم تضمن جملة أداءات. فإذا ماتحققت شروط التدخل يعمل الحكم بأن يعاد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، يستوى أن يكون هذا الإلتزام هو الإلتزام الوحيد أو أن يكون التزاما من بين عدة إلتزامات، يحل موعد الوفاء بها تباعا.

وإذا كان الرأى الوسط، الذى يقصر مجال تطبيق فكرة التطويع على عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ، دون العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ، يستند إلى ضرورة مرور فترة بين التعاقد وبين التنفيذ، تسمح للقول بوجود تغير فى الظروف التى ابرم فيها العقد، إلا أن حجته هذه لاتخلو من الإنتقاد، أيضا. فوجود فسحة من الزمن بين إبرام العقد وتنفيذه، وإن كان مقتضا منطقيا لحدوث تغير فى ظروف ابرام العقد، إلا أنه ليس شرطا ضروريا له. ومعنى ذلك، أنه قد يحدث التغير فى الظروف عقب إبرام العقد مباشرة. وليس هناك مايمنع من التدخل فى الرابطة العقدية لإعادة التوازن إلى العقد على الرغم من أنه فورى، وغير مؤجل التنفيذ.

وأيا ماكان الأمر، فإن الأراء الثلاثة التى قيل بها كانت بمناسبة أحد تطبيقات فكرة التطويع. أى كانت بمناسبة الكلام عن نظرية الظروف الطارئة. ففكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية المتغيرة فكرة عامة، الأمر الذى يستوجب عدم تقيدها بما قيل بشأن الظروف الطارئة، وهو ما يستوجب إعمالها كلما اقتضت العدالة ذلك، يستوى فى ذلك أن يكون العقد من عقود المدة أم من العقود الفورية. ويستوى بالنسبة للأخيرة، أن يكون من العقود مؤجلة التنفيذ أم من العقود غير مؤجلة التنفيذ.

المبحث الثانى

مدى اشتراط أن يكون العقد محددا

١٥٧ - يتبادر إلى الذهن، ونحن بصدد إعمال فكرة تطويع العقد لمواجهة، الظروف الإقتصادية المتغيرة، التساؤل عن مدى شمول نطاق الفكرة للعقود الإحتمالية إلى جانب العقود المحددة.

من المتصور أن نجد الإجابة على هذا التساؤل بالنفى لدى بعض المتشددين، كما أنه من المتصور أن نجد الإجابة بالإيجاب لدى بعض المتسامحين.

أولا : اشتراط أن يكون العقد محددا :

إذا كانت فكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية تهدف إلى معالجة إختلال التوازن فى أداءات المتعاقدين، الذى كان مرعيا وقت ابرام العقد، فإن مجال تطبيقها يكون - بلا خلاف - فى العقود المحددة، باعتبار أن الأداءات فى هذه الأخيرة معروفة ومحسومة منذ لحظة ابرام العقد، وإن أى إختلال فيها يجب أن يعالج. أما العقود الإحتمالية فإنها لا تدخل فى مجال تطبيق فكرة التطويع، عند هذا الرأى.

ويمكن أن تجمل الأسباب التى تشكك فى إدخال العقود الإحتمالية فى نطاق فكرة التطويع، فيما يلى:

١ - أن هذه العقود تقوم على إحتمال الكسب والخسارة منذ البداية. فعقد التأمين، على سبيل المثال، يحتمل بالنسبة لشركة التأمين الكسب والخسارة، فهو عقد يحتمل الكسب بالنسبة للشركة، إذا انقضت فترة التأمين دون أن يتحقق الخطر المؤمن منه. ولكنه يحتمل الخسارة، لو تحقق الخطر المؤمن منه، عقب إبرام العقد بفترة قصيرة. ويقوم الإحتمالان، أيضا، بالنسبة للمستأمن. فيصاب بخسارة فى الحالة الأولى، ويحقق كسبا فى الحالة الثانية.

وأى تغير فى الظروف الإقتصادية للعقد لن يغير من الإحتمال شيئا.

٢ - أن المتعاقد فى العقود الإحتمالية يعلم سلفا، أو على الأقل يجب أن يعلم، إن مثل هذا التعاقد قد يؤدى به إلى خسارة جسيمة. فشركة التأمين والمستأمن يعلمان سلفا أن العقد، بالنسبة لهما، قد يقود إلى خسارة جسيمة. وهذا العلم فى حد ذاته كاف لحرمان المتعاقد من المطالبة بتطويع العقد، إن تغيرت الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها(١).

وتطبيقا لذلك تذهب محكمة النقض إلى أن فكرة التطويع «لاتنطبق على «عقود الغرر»، إذ أنها تعرض - بطبيعتها - العاقدين لإحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة»(٢)، كما قضت بأنه «إذا كان الحكم قد أقام قضاءه،

---

(١) يكاد يجمع الفقه العربى على أن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق إلا على العقود المحددة دون العقود الإحتمالية.

فيقول الدكتور جمال زكى فى كتابه الوجيز فى النظرية العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - فقرة ١٤٢ ص ١٥٦ «ان هذه النظرية لاتنطبق على العقود الاحتمالية التى تعرض بطبيعتها العاقدين فيها لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة».

ويقول الدكتور عبدالسلام الترمانتينى فى كتابه نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٢٠ «أن اشتراط عدم توقع الحادث الإستثنائى - وهو الأصل الذى تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة والمتلازم مع طبيعتها - يوجب استبعاد تطبيقها على العقود الإحتمالية. فهذه العقود تقوم على إحتمال الخسارة والكسب».

ويقول الدكتور السنهورى فى الوسيط - الجزء الأول - المرجع سالف الذكر - ص ٨٧١ هامش ١ «إن العقود الإحتمالية يجب استبعادها من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير».

ويقول الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد - بند ٢٦٩ - ص ٢٤٠ «إن عموم النص لا يحول دون استبعاد بعض العقود من حكم نظرية الظروف الطارئة، وهى العقود الإحتمالية لأنها بطبيعتها تعرض كلا من العاقدين لإحتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة».

ويقول الأستاذ محمد كمال عبدالعزيز فى كتابه التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - جـ ١ - الطبعة الثالثة (١٩٨٥) - ص ٤١٦ «إن العقود الإحتمالية تهرب من التطويع، باعتبار أن كلا من المتعاقدين لا يستطيع أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى».

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٨٢/١/٣ فى الطعن رقم ٢٦٢ لسنة ٢٦ ق - سالف الذكر.

برفض إعمال نظرية الحوادث الطارئة، على أن عقود بيع القطن الآجلة «الكونتراتات» تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل، وأنه لذلك، يتعين على المتعاقد أن يتوقع فيها جميع الإحتمالات والحوادث الطارئة التى قد تؤثر فى التزامه سواء أكانت متوقعة أو غير متوقعة فإنه لايكون قد خالف صحيح القانون ويحمل الرد على ما أثاره الطاعن من بطلان العقد لانطوائه على مقامرة، ذلك أنه مادام العقد بطبيعته من شأنه أن يعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو مكسب كبير، فإنه لايجوز إبطاله لمجرد أنطوائه على المقامرة أو المضاربة، كما لايجوز إعمال نظرية الحوادث الطارئة فى شأنه لأن المتعاقد يعلم سلفا أنه يتعاقد بعقد إحتمالى مبناه فكرة المخاطرة»(١).

ثانيا : عدم إشتراط أن يكون العقد محددا :-

ولكن على الجانب الآخر، قد يقال أن العقود الإحتمالية يقوم فيها الإحتمال فى جانب واحد، دون غيره من الجوانب الأخرى. وإذا كان من غير الممكن تطبيق فكرة التطويع إذا ماتعلق إختلال التوازن الناتج عن تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها بهذا الجانب، فإنه لايوجد مايمنع من تطبيق الفكرة على العقود الإحتمالية، عندما يصيب الإختلال الناشىء عن تغير الظروف الإقتصادية جانبا أو أكثر من هذه الجوانب(٢). فعقد التأمين

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٦٦٦/٢/١٥ فى الطعن رقم ١١٧ لسنة ٣١ ق - م نقض م - س ١٧ - جـ ١ - ص ٢٨٧ - ق ٣٨.

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى - النظرية العامة للإلتزامات - الجزء الأول - القاهرة - ١٩٦٢ - فقرة ٣٦٦ - ص ٥٧٨، ٥٧٩. فهو يقول «ليس صحيحا القول أن نظرية الظروف الطارئة لاتطبق أبدا على العقود الإحتمالية، وإنما الصحيح أن العقد لايلحقه الطابع الإحتمالى إلا بالنسبة لاحتمال معين وليس بالنسبة لسائر الإحتمالات الأخرى ..... وعلى ذلك فمن يبرم عقدا إحتماليا فإنما يتعرض لنتائج الإحتمال الخاص بذلك العقد، فلا يتحمل نتائج الحوادث غير المتوقعة والتى لا يمكن توقعها التى لاترتبط بذلك الإحتمال الخاص».

الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٧٥، إذ يقول إن «المتعاقد =

على الحياة، يقوم الإحتمال فيه فى خصوص عنصر الزمن الذى يتوقع أن يعيشه المستأمن، بعد تاريخ إبرام العقد، وهو مايرتبط به توقع الكسب أو الخسارة، بالنسبة للمؤمن وبالنسبة للمستفيد. فإذا ارتبط التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية بهذا العنصر لايمكن تطبيق فكرة التطويع على هذا العقد الإحتمالى. أما إذا ارتبط التغير فى الظروف الإقتصادية بعنصر آخر من عناصر العقد، غير عنصر الزمن، فلا يوجد مايمنع من تطبيق فكرة التطويع. فلو أدى التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية، مثلا، إلى هبوط فاحش فى قيمة النقود، كان من الواجب التدخل فى الرابطة العقدية لتعديل أداءات أطرافها، بما يعالج آثار هذا التغير، على الرغم من أن عقد التأمين من العقود الإحتمالية.

ووفقا لهذا الرأى، فإن العقد إذا كان إحتماليا فى جانب فإنه يكون محددا فى الجوانب الأخرى. وإذا كانت فكرة التطويع لاتنطبق على الجانب الإحتمالى، مهما كانت الآثار الناتجة عن تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، فإنها تنطبق على العقد ان أصاب تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، الجوانب الأخرى المحددة بالنسبة لهذا العقد.

ويؤيد هذا الرأى أن المشرع المصرى أدخل بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى فكرة إعمال حكم تغير الظروف. ففى «مصر أصبح مجال النظرية شاملا لجميع العقود .... للنص على النظرية تشريعيا فى القانون المدنى، كما ذكرنا. وبالتالى، فإن استبعاد تطبيق النظرية فى مجال بعض العقود إنما يرجع إلى عدم توافر شروط النظرية لا إلى طبيعة تلك العقود»(١). إذن، عند هذا الرأى، القول على وجه الاطلاق والشمول بأن فكرة التطويع «لا تنطبق على العقود الإحتمالية محل نظر. فليس له سند من القانون. صحيح ان تلك العقود تنطوى على المخاطرة واحتمال الكسب والخسارة، ولكن تلك المخاطرة تتحدد فى ذاتها وفى مداها بالظروف التى

- الذى يعترض تنفيذه للإلتزام العقدى شىء من هذا الإحتمال العام أو المتعدى يمكنه أن يتفادى آثاره المرهقة عن طريق الإلتجاء إلى نظرية الظروف الطارئة».

(١) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٦٧٨.

ابرم العقد فى كنفها. فإذا طرأت ظروف جديدة استثنائية لم تكن في الحسبان، وجعلت اداء الإلتزام بالغ العنت على المدين على نحو يتجاوز إلى حد كبير ماكان الرجل العادى يتوقعه عند ابرام العقد، فإنه لا يوجد ثمة سند قانونى لكى ننأى بالنظرية عن التطبيق»(١).

تقييم هذين الرأيين:

للإجابة على التساؤل عن تطبيق فكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية على العقود الإحتمالية يجب أن توضع المشكلة على النحو التالى:-

تقوم العقود الإحتمالية على أساس أن وجود الأداء، فيها، أو مقداره، يتوقف على تحقق واقعة معينة محتملة الحدوث، وذلك بالنظر إلى الظروف التى ابرم العقد فى ظلها. فطرفا الرابطة العقدية راعيا، عند التعاقد، الظروف التى تجعل تحقق الواقعة محتملا أو غير محتمل، أو أنه محتمل على نحو معين، وإن كان لكل منهما وجهة نظره الخاصة فى هذا الشأن. فكل من الطرفين رجح أن يؤدى تحقق الواقعة إلى نتيجة لصالحه، وإلا ما أقدم على ابرام العقد. ففى عقد البيع بمرتب لمدى الحياة، مثلا، يتصور كل من البائع والمشترى - بالنظر إلى الظروف التى ابرم العقد فى ظلها - أن الإحتمال سيكون فى صالحه، هو. فالبائع يتصور أن العمر سيطول به حتى يستوفى كامل ثمن المبيع وزيادة. وفى نفس الوقت يتصور المشترى أن البائع سوف تأتيه المنية قبل أن يستوفى كامل ثمن المبيع. وكذلك الحال بالنسبة لعقد التأمين على الحياة. فكل من طرفى العقد يتصور - بالنظر إلى الظروف التى ابرم فى ظلها - أن إحتمال الكسب سيكون فى صالحه، وإن إحتمال الخسارة سيكون فى جانب الطرف الآخر.

ومن هذا المنطلق نقول، أن التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، لا يقلب التوازن الحادث فى العقد المحدد، وإنما يقلب، أيضا، التوازن الحادث فى العقد الإحتمالى، وإن كان قلب التوازن ينصب، فى الحالة الأولى، على كم الأداءات المعروفة سلفا للمتعاقدين، فى حين ينصب، فى الحالة الثانية، على الإحتمالات التى وضعها الطرفان فى ذهنيهما عند التعاقد.

---

(١) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٥٥٨، ٥٥٩ - بند ٢٧٨.

فإذا كان العقد الإحتمالى يتضمن جانبا محددا، فإنه ينطبق على هذا الجانب ماينطبق على العقود المحددة، ويتضمن، أيضا، جانبا إحتماليا، فإن هذا الأخير يجب أن يدخل، شأنه في ذلك شأن الجانب الأول، فى نطاق تطبيق فكرة التطويع وبنفس الشروط، مادام تغير ظروف ابرام العقد الإقتصادية قد قلب الإحتمالات.

وعلى هذا الأساس، فإن الاستناد إلى أن العقود الإحتمالية تقوم على فكرة الكسب أو الخسارة بطبيعتها، لتبرير استبعادها من نطاق التطويع، مردود عليه بأن إحتمال الكسب أو الخسارة، هذا، يقوم بالنظر إلى ظروف معينة، وبناء على معطيات ملموسة، أخذها طرفا العقد فى الحسبان عند التعاقد. فإذا تغيرت هذه المعطيات أو تلك الظروف تغيرا أدى إلى قلب الإحتمال رأسا على عقب، مما ترتب عليه إختلال التوازن المعنوى القائم فى ذهنى المتعاقدين، فليس هناك مايمنع من تطبيق فكرة التطويع لمعالجة مثل هذا الأثر.

أما الإستناد إلى أن كل متعاقد، فى العقود الإحتمالية، يعلم، أو يجب عليه أن يعلم، سلفا، أن تعاقده هذا قد يؤدى به إلى خسارة، وأن هذا العلم كاف لاستبعاد فكرة التطويع من التطبيق على العقود الإحتمالية، فإنه، أيضا، استناد فى غير محله. فلو كان المتعاقد يعلم أن تعاقده سيؤدى به إلى خسارة ما أقدم على التعاقد، وإلا كانت إرادته معيبة أو كان يريد التبرع، لأن الإنسان السوى لأنه وفقا للمجرى العادى للأمور يحب كل متعاقد الكسب ويحجم عن الخسارة فى تعاملاته، بحكم الغريزة. ولذلك، فالأدق أن يقال أن المتعاقد كان يحتمل أن تلحقه خسارة من العقد الإحتمالى، وهو إحتمال قائم بالنظر إلى ظروف معينة تجعل تحققه، نسبيا، بعيد المنال فى نظر المتعاقد، وذلك بالنظر إلى إحتمال الكسب، وإلا لرفض الدخول فى الرابطة العقدية. فإذا تغيرت الظروف الإقتصادية التى بنى هذا الإحتمال فى ظلها، تغيرا قلب هذا الإحتمال، لايوجد، فى نظرنا، مايمنع من تطبيق فكرة التطويع على العقد، على الرغم من أنه من العقود الإحتمالية.

أما القول بالتمييز، فى داخل العقد الإحتمالى، بين العنصر القائم على

الإحتمال وغيره من العناصر التى تخلو من الإحتمال، فإن ميزته هى أنه أزال الشك من حول تطبيق الفكرة على جانب كبير من العقد الإحتمالى. فكل الجوانب التى يكون العقد فيها محددا، تدخل عند أنصار الرأى الثانى، فى نطاق فكرة التطويع. لكن هذا التمييز غير موفق فى قوله أن العنصر الإحتمالى يخرج من نطاق تطبيق الفكرة، لأن الإحتمال، كما أشرنا، يقوم بالنظر إلى ظروف معينة. فإذا تغيرت هذه الظروف تغيرا يقود إلى قلب الإحتمال رأسا على عقب، لايوجد مايمنع من تطبيق فكرة التطويع، على الرغم من أن التغير تعلق بعنصر إحتمالى لابعنصر محدد.

وصفوة القول، ان فكرة التطويع لاتفرق، فى نظرنا، بين العقود المحددة والعقود الإحتمالية، وإنما تنطبق على كليهما، إذا ما توافرت شروط التطبيق الأخرى، وذلك بقصد تحقيق العدالة التعاقدية.

المبحث الثالث

مدى اشتراط أن يكون العقد ملزما للجانبين

١٥٨ - يثور التساؤل، فى مجال التدخل فى الرابطة العقدية بقصد تطويعها، عن دخول العقود الملزمة لجانب واحدة، إلى جانب العقود الملزمة للجانبين(١)، تحت نطاق فكرة التطويع(٢). أى هل يغطى التطويع النوعين كليهما، من العقود، أم أنه يقتصر على العقود الملزمة للجانبين.

أولا : اشتراط أن يكون العقد ملزما للجانبين:

قد يقال أن العقود الملزمة للجانبين هى المجال الوحيد لفكرة التطويع، وبالتالى، لاتنطبق الفكرة على العقود الملزمة لجانب واحد، باعتبار أن هذه الأخيرة لاتعطى للملتزم حقوقا مقابل مايقع على عاتقه من التزامات. ففكرة التوازن بين الآداءات التى يقود التغيير إلى هدمها منتفية، من الأصل، فى هذه النوعية من العقود. فالملتزم فى العقد الملزم لجانب واحد لايستطيع أن يدعى أن تغيرا فى الظروف الإقتصادية التى ابرم فيها العقد قاد إلى هدم التناسب بين

---

(١) ان التقسيم الثنائى للعقود إلى عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد يكون، فى الغالب، بسبب طبيعة الأشياء. فعقود البيع والعمل والتأمين والايجار هى بطبيعتها من العقود الملزمة للجانبين. لكن قد يكون العقد بطبيعته ملزما لجانب واحد ويجعله المتعاقدان من العقود الملزمة للجانبين. فعقد الوديعة هو بطبيعته عقد ملزم لجانب واحد. لكن يمكن أن يجعله المتعاقدان عقدا ملزما للجانبين لو اتفقا على أجر للمودع لديه.

(٢) لهذا التقسيم الثنائى للعقود آثار أخرى، غير فكرة التطويع، تتعلق بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة.

الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٥٦ - ص ١٩٧.

الدكتور اسماعيل غانم - فى النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - فقرة ٢٦ - ص ٦٤.

الدكتور جمال زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - ص ٢٢ - هامش ١.

ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, Les obligations, Op. Cit., PP. 40 et 41, N 36.

JACQUES GHESTIN, Le Contrat, Op. Cit., P. 7 et Suiv. No. 10 et Suiv.

حقوقه والتزاماته، وبالتالى، لايستطيع طلب مراجعة شروط العقد. فالوكيل غير المأجور لا يستطيع أن يطلب مراجعة شروط عقد الوكالة، لتغير حدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، على أساس أنه لايوجد على عاتق المتعاقد الآخر (الموكل) التزام يمكن إجراء الموازنة بينه وبين الزام الوكيل، بعد التغير الذى حدث فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها. فالغرض من التدخل فى العقد هو إعادة التوازن إلى الإلتزامات التعاقدية، وهو ما لا محل له فى عقد الوكالة غير المأجورة.

ونفس الشىء يقال بالنسبة للقرض، والوديعة غير المأجورة. ففى أى منهما لا يوجد حق يقابل التزام المقرض بدون فائدة أو التزام المودع لديه بدون أجر.

وعلى هذا المنهج يسير جانب من الفقهاء الذين يذهبون إلى أنه «يجب أن نقرر فى أول الأمر أن العقود المقصودة بالمادة ٢/١٤٧ هى العقود التى تنشىء التزامات متقابلة بين المتعاقدين»(١).

ثانيا : عدم اشتراط أن يكون العقد ملزما للجانبين:-

لكن يمكن أن يقال، على الجانب الآخر، أنه إذا كان القول بفكرة تطويع العقد يهدف إلى معالجة آثار التغير الذى حدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم هذا العقد فى ظلها، والتى تتمثل فى أن أداء المتعاقد صار مرهقا له بالمقارنة بما كان عليه قبل التغير، فإنه يستوى أن يكون لهذا الأداء مقابل يقع على عاتق الطرف الآخر أم أنه ليس له مثل هذا المقابل، لأن العدالة، فى كلتى الحالتين، تقتضى مراجعة شروط العقد. فالوكيل غير المأجور الذى يصير تنفيذه للإلتزام الواقع على عاتقه مرهقا له، بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم فيها العقد، يستطيع أن يطلب مراجعة العقد، على الرغم من أنه لايوجد التزام على عاتق الموكل يقابل الإلتزام الموقع على عاتقه، يمكن أن تقام معه الموازنة. ويستند الوكيل فى هذا الطلب إلى قواعد العدالة التى تأبى أن يتحمل بالتزامات جديدة وليدة تغير الظروف الإقتصادية، ولم تخطر بباله، عند الدخول فى عقد الوكالة.

---

(١) أسعد الكورانى - نظرية الحوادث الطارئة فى التشريع المدنى للبلاد العربية - المرجع السابق - ص ٢٢٩.

والأمر أكثر وضوحا فى عقد القرض(١). فإذا حدث وارتفعت قيمة النقود بالنسبة لما كانت عليه عند الإتفاق، بسبب الكساد، أو انخفضت بسبب التضخم المتولد عن الرخاء، فإن قواعد العدالة تقضى بضرورة التدخل فيه لمراجعة التزامات الملتزم وجعلها تتناسب وما كانت عليه عند التعاقد. وكذلك الحال بالنسبة لعقد الوديعة غير المأجورة. فلو تغيرت الظروف الإقتصادية التى أبرم فى ظلها عقد الوديعة بدرجة قادت إلى أن المودع لديه يتحمل التزامات، بسبب الوديعة ما كانت لتخطر على باله لحظة الإيداع، تقتضى قواعد العدالة التدخل فى هذا العقد لمراجعة شروطه على نحو يعيد التوازن إلى التزامات المودع لديه ويجعلها تتقارب مع ماكانت عليه عند التعاقد.

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإنه «ليس فى عبارة المادة ٢/١٤٧ ما يجعلها مقصورة على العقود الملزمة للجانبين فحسب، لذلك نرى أنها تنطبق على العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد على السواء»(٢). فإذا كان «أساس النظرية هو التخفيف من عبء الإلتزام عندما يصبح تنفيذه مرهقا بسبب الظروف الطارئة، ومادامت طبيعة الإلتزامات العقدية متشابهة فى جميع العقود من هذه الوجهة، فليس هناك سبب لتفضيل بعضها على بعض. كما أن فكرة العدالة - وهى من بين الأسس التى تقوم عليها النظرية - تأبى أن يحيق الظلم بمتعاقد لمجرد أن الإلتزام العقدى الذى يتحمل به لايجد التزاما يقابله فى الناحية الأخرى. هذا بالإضافة إلى أنه لايوجد سند من المنطق أو القانون يستلزم، لتمام تطبيق النظرية، أن يكون هناك تقابل بين الأداءات»(٣).

---

(1) HEINRCH REINECHER, L`influence de la depreciation monetaire sur les droits des obligations, Op. Cit.

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى - النظرية العامة للإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٦٣ - ص ٥٧٣.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر - ص ٢٦٧.

تقييم هذين الرأيين :

والحق فإن الرأى الثانى هو الأقرب إلى الصواب، من وجهة نظرنا. فالرأى الأول يقيم تفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد بلا مبرر، فضلا عن أنه لايتفق وقواعد العدالة التى تقتضى أن تتسم أداءات العاقدين المتقابلة بالتقارب لحظة ابرام العقد، وأن يظل هذا التقارب هو السمة السائدة فى هذه الأداءات حتى يفرغ المتعاقدان من تنفيذها تماما. لذلك يمكننا القول أن فكرة التطويع تغطى العقود الملزمة لجانب واحد، كما تغطى العقود الملزمة للجانبين، عند توافر شروط تطبيق هذه الفكرة(١).

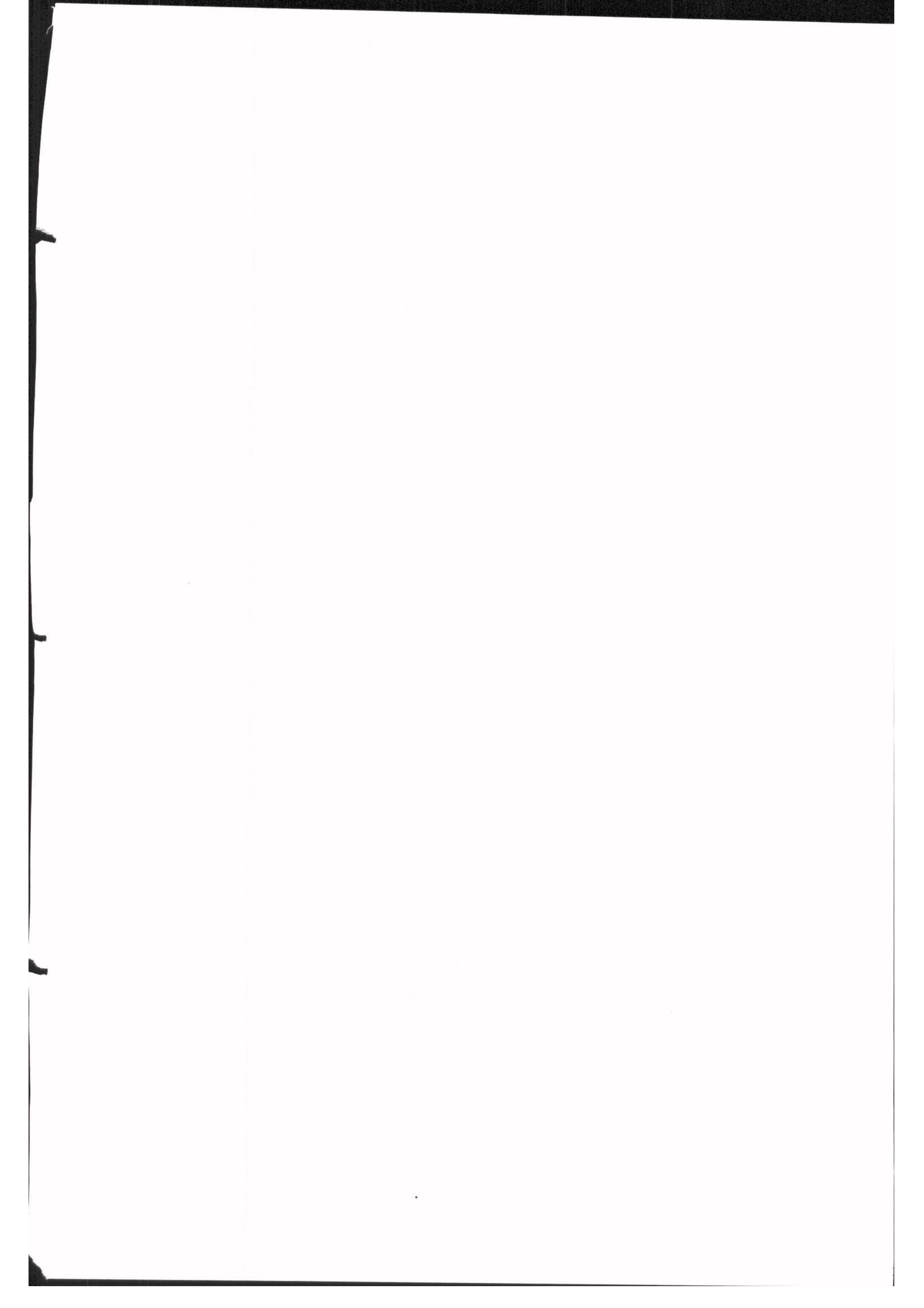
ولكن تظل للتمييز بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد أهمية ذات شقين: الشق الأول يتعلق بتبيان أثر التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية على الإلتزامات التعاقدية، فى حين يتعلق الشق الثانى بكيفية تطبيق فكرة التطويع.

فاستبيان أثر التغير فى ظروف إبرام العقد فى العقود الملزمة للجانبين، يكون بالمقارنة بين حالة التوازن التى كانت قائمة بين أداءات المتعاقدين لحظة ابرام العقد، وحالة هذا التوازن بعد حدوث التغير فى الظروف الإقتصادية، فى حين أنه يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد بالمقارنة بين التزامات المتعاقد المدين لحظة ابرام العقد والتزاماته بعد حدوث التغير فى ظروف ابرام العقد.

---

(١) قريب مما نقول به ماذهبت إليه محكمة النقض من أنه «لايشترط - فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى - أن تكون الإلتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارىء، بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارىء ثم صار مرهقا للمدين، دون ما إعتبار بكون الإلتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك» نقض مدنى بجلسة ١٩٦٣/٢/٢١ فى الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٢٨ ق - م نقض م - س ١٤ - جـ ١ - ص ٢٤٧ - ق ٥٥.

أما عن تطبيق فكرة التطويع فإنه يتم، بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، بطرق عدة، من بينها رفع الإلتزام المقابل لإلتزام المدين ليقترب الإلتزامان فى كمهما. أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد فإن وسيلة رفع التزام الدائن، ليقترب من التزام المدين، وسيلة غير متصورة، على أساس أن الفرض، فى العقود الملزمة لجانب واحد، لايوجد على عاتق الدائن فيها أى التزام يقابل التزام المدين.



الفصل الثانى

ضابط التغير فى الظروف الإقتصادية

١٥٩ - يدخل الإنسان فى الرابطة التعاقدية بدافع الحاجة: فندرة الإمكانات واتساع الطموحات والرغبات جعلت كل فرد يسعى لإشباع حاجاته، من الأشياء التى لم يكن له نصيب فيها، بالتعاقد مع الآخرين على هذه الأشياء، على أن يعوض من يتعاقد معهم، عما يعطونه له، بما يتوافر لديه من أشياء، أو بقيمة مايحصل عليه. فحاجة رب العمل لمن يعمل لديه فى مؤسسته، أو لمن يدير شئونه، أو لمكان يستخدمه كمحل لمشروعه، تدفعه إلى إبرام عقد العمل مع العامل، أو عقد الوكالة مع الوكيل، أو عقد الإيجار مع صاحب المكان. وحاجة الإنسان إلى المأكل والمشرب والملبس تدفعه إلى إبرام عقد البيع، أو عقد المقايضة أو عقد العارية. ورغبة الإنسان فى الإنتقال أو فى نقل متاعه، من مكان إلى مكان آخر، تدفعه إلى أبرام عقد النقل ... وهكذا.

ولكن إذا كانت الحاجة هى الدافع إلى التعاقد، إلا أن هذا التعاقد لايتم بمعزل عن الظروف الإقتصادية التى تحيط بالمتعاقدين. أى أن هذه الظروف يضعها كل متعاقد نصب عينيه عند التعاقد، وبالتالى فهى، بالإضافة إلى الحاجة إلى التعاقد، تلعب دورا فى إبرام العقد، بالشروط أو الكيفية التى ابرم بها. وعليه يمكن القول أن العقد ماكان له أن يتم، أو ماكان له أن يتم على النحو الذى تم به، لولا مجموعة المعطيات الإقتصادية التى أحاطت بالمتعاقدين عن إبرامه.

والمعطيات الإقتصادية التى تحيط بالمتعاقد، ويمكن أن تؤثر فى فكره عن العقد، عند التعاقد، متعددة ولا تقبل الحصر. لكن ذلك لايمنعنا من ذكر بعضها، على أن يكون ذلك للتمثيل فقط. وماسنذكره من ظروف إقتصادية يمكن حصره فى طائفتين: الطائفة الأولى تخص الظروف الإقتصادية التى يمكن أن ننعتها بالعمومية، لما تتميز به من طابع الإنتشار على أكثر من فرد من أفراد

المجتمع. أما الطائفة الثانية فيمكن أن نصفها بالخصوصية، لاقتصارها على فرد واحد بالذات، أى لأنها تخص هذا المتعاقد أو ذاك دون غيره من أفراد المجتمع.

١ - والظروف الإقتصادية العامة تتمثل فى كل المعطيات التى تحيط بواقعة ابرام العقد ويمتد أثرها إلى كافة أفراد المجتمع، ومنهم هذا المتعاقد أو ذاك، مثل:

- مدى ندرة أو وفرة المواد. فهذه الندرة أو الوفرة تؤثر فى الأسعار طبقا لقانون العرض والطلب. فالمواد النادرة يرتفع سعرها نسبيا بعكس المواد المتوفرة، إذا افترضنا ثبات الطلب.

- دخول المواد فى التسعير الجبرى أم لا. فإذا كانت المواد مسعرة فإن سعرها سيظل، كأصل عام، ثابتا نسبيا، إلى أن تتدخل الدولة وتغير من هذه التسعيرة. أما إذا لم تكن المواد مسعرة فإن سعرها سيكون غير ثابت.

- مدى تقدم الصناعة القائمة على المواد الأولية أم لا. ففى حالة تقدم هذه الصناعة سيزداد الطلب على تلك المواد، وبالتالى، يرتفع سعرها بصفة مستمرة. أما لو كانت الصناعة القائمة على مثل هذه المواد متخلفة، فإن الطلب عليها سيكون منخفضا، الأمر الذى يجعل سعرها متدنيا. وهذه النتيجة هى على عكس الحال بالنسبة للسلع المصنعة. فتقدم الصناعة يقلل من تكلفة إنتاجها، ويقود إلى أن يكون سعرها منخفضا نسبيا، بل وفى تدنى مستمر مع التقدم المستمر فى الصناعة، على إفتراض ثبات العناصر الأخرى. أما تخلف الصناعة فإنه يؤدى - مع افتراض ثبات العناصر الأخرى - إلى ارتفاع أسعارها، بسبب ارتفاع تكلفتها، من ناحية، وبسبب قلة المنتج المعروض منها، من ناحية أخرى.

- مركز العملة الوطنية فى تبادلها مع العملات الأخرى. فلو كان مركز العملة الوطنية حسنا فإنه يؤدى إلى إنخفاض أسعار السلع وإلى إطمئنان الأفراد على مايدخرونه منها، ولو كان مركزها سينا، لأدى ذلك إلى ارتفاع اثمان السلع. ويزداد الأمر سوءا حينما يتشكك الأفراد، بسبب ضعف مركز

هذه العملة، فى قيمة مايحوزونه من عملات سائلة، فى صورة مدخرات، فيحاولون جاهدين التخلص منها عن طريق شراء سلع معمرة أو نصف معمرة. وهو ما يقود إلى إرتفاع الأسعار.

- دخول الدولة فى حالة حرب، الأمر الذى يجعل جانبا كبيرا من النفقات العامة يتجه إلى الجانب العسكرى على حساب الجانب غير العسكرى. وهذا يقود إلى قلة السيولة لدى الأفراد، الأمر الذى يؤدى إلى إنخفاض أسعار سلع المواد المحلية نتيجة قلة الطلب عليها. لكن حالة الحرب تقود، من ناحية أخرى، إلى ارتفاع أسعار السلع المستوردة نتيجة قلة الوارد منها، وارتفاع تكلفته من نقل وتأمين وخلافه.

وهذه النتائج تترتب، أيضا، فى حالة الحرب الباردة، باعتبارها تقدم نفس المعطيات.

- ثقل أو خفة العبء الضريبى فى الدولة. فالدولة التى تجعل الغلبة لإيراداتها العامة من الضرائب يتسم العبء الضريبى فيها بثقله، وهو ما يؤدى إلى إرتفاع تكلفة المبادلات. أما الدولة التى تجعل من الضرائب مصدرا ثانويا لإيراداتها العامة فإن العبء الضريبى فيها يتسم بخفته، الأمر الذى يقود إلى إنخفاض تكلفة المبادلات لديها.

- الكوارث الطبيعية التى تحل بالدولة، من فيضانات وبراكين وزلازل وتصحر وغيره.

٢ - أما الظروف الإقتصادية الخاصة فهى التى تحيط بهذا المتعاقد أو ذاك، لحظة إبرام العقد. ومن أمثلة هذه الظروف الإقتصادية:-

- يسار المتعاقد أو إعساره. فمن يكون مهددا بالإعسار يحاول، جاهدا، إبرام عقود ترضى دائنيه، حتى لايستعجلوا فى طلب الحكم بإعساره. ومن يكون فى حالة يسر فإنه ينظر إلى العقد الذى يبرمه نظرة تفاؤلية، قد

تدفعه إلى عدم التشدد فى الشروط التى تلقى على عاتقه بعض الأعباء.

- حالة المتعاقد الصحية. فإن شعر أنه معافى دخل فى رابطة عمل شاق نسبيا. وإن شعر أنه مريض دخل فى رابطة تداوى. بل إن حالته الصحية قد تدفعه إلى التهاون فى إبرام العقود التبرعية. وتساعد على ذلك حالته الإجتماعية، كأن يكون أعزبا أو يكون ممن حرموا نعمة الأبناء.

- حالة المتعاقد الثقافية والفكرية. فمن يأتى من الريف مباشرة إلى الحضر، غير عالم بمجريات الأمور فى المدينة، وغير دار بما وصل إليه التقدم العلمى والتكنولوجى، ويغيب عنه مستوى الأسعار بالمدينة، قد يبرم بعض العقود، التى يتأثر فى إبرامها بفكره هذا. فقد يبرم عقد عمل وهو جاهل لخصوصيات الآلة التى سيعمل عليها،وبما تتسم به من تعقيدات فنية، أو يتهاون فى أجره، إعتقادا منه أن هذا الأجر سوف يوفر له حياة كريمة ويستطيع، إضافة إلى ذلك، أن يدخر جزءا منه، سيرا على ماكان عليه الحال فى الريف.

كذلك تؤثر حالة المتعاقد الفكرية فى توازن العقد الذى يبرمه. فمن يكون كتابيا، ويعمل فى كنيسة متبرعا بفكره، ثم يدخل فى الإسلام، تتغير فكرته عن التوازن العقدى.

الظروف الاقتصادية بين الثبات والتغير :-

١٦٠ - لايمكن أن تتصف هذه المعطيات أو الظروف الإقتصادية العامة والخاصة، على حد سواء بالثبات. بل، بإعتبارها وجها من وجوه الحياة، تتسم بما تتسم به الحياة ذاتها من تغير مستمر، مما يؤثر فى العلاقات القانونية، بصفة عامة، وفى الروابط العقدية بصفة خاصة. فحيث أنه لايمكن أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران وإن كل مخلوق منها قد ركن إلى السكون، بل، على العكس، الحياة مستمرة والأرض دائرة، يكون كل مايرتبط بالأرض والحياة متغيرا بدوره.

هذا التغير المستمر فى الحياة ومايرتبط به من تغير فى الظروف

الإقتصادية محل تسليم من كتاب الفلسفة والقانون على حد سواء. فلما كنا «نعيش فى لجة عهد يتعرض للتغير الثورى. ومن المحتمل أن يكون هذا التغير عميقا، مثل أى تغير سبقه فى التاريخ البشرى. ولن نفهم طبيعته الباطنية، إلا إذا اعترفنا بأن ملامحه الجوهرية تشابه، فى أهميتها، الملامح التى سبقت سقوط الإمبراطورية الرومانية، أو ظهور المجتمع الرأسمالى مصاحبا عصر النهضة»(١). فـ «لم يحدث مطلقا مثل ماهو حادث اليوم من أن الظروف لم تعد ثابتة، وعلى الخصوص منذ عام ١٩١٤، لم يكن إنتظام التقلبات السياسية أو الإقتصادية، وخصوصا المتعلقة بالنقود، إلا فى زيادة مع الزمن، بل وفى بعض الأحيان، آخذه سمة الثورات الحقيقية ... هذه الثورات المحفورة على كل مظاهر الحياة الإقتصادية والقانونية، تقود إلى هدم كل التوقعات، وإلى الإتساع المفرط فى نتائج هدم التوازن، عندما تخل بهذه التوقعات»(٢).

ويؤسس الفقه ظاهرة التغير هذه ومايترتب عليها من تغير فى الأنظمة والروابط على أساس «أن المجتمع يقوم على وجود الإنسان. ومن ثم، فكل تغير يطرأ عليه - وما أكثر تلك التغيرات - يؤثر فى المجتمع، وبالتالى، فى القانون. فإذا كانت قوانين الإجتماع البشرى لم تعد هى بذاتها كما كانت عليه فى الماضى، فمرجع ذلك أن شيئا ما قد تغير فى الإنسان. والواقع أن جزءا من كياننا يتغير من قرن إلى قرن، ذلك هو إدراكنا، فهو دائما فى حركة ويكاد أن يكون دائما فى تقدم»(٣).

فالتغير أو عدم الثبات، إذن، من أهم المعطيات التى تبرم العقود، فى

---

(١) هارولد لاسكى - نظرات فى ثورة عصرنا الحاضر - ترجمة لجنة إخترنا لك - ص ٢٠.

(2) JEAN PAUL BUGAULT, Le maintien de l`eqilibre contractuel dans la pratque notariale courante, these, Op. Cit., PP. 3 et 4.

(٣) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٧.

عصرنا، فى ظلها. ولذلك فإنه قد يحدث إختلال فى التوازن العقدى الذى ابرم فى ظل معطيات معينة سرعان ماتغيرت، الأمر الذى يثير التساؤل عن أثر ذلك على الرابطة العقدية.

وبداية يجب أن نلاحظ أن العقد، كما يذهب الفقه، هو وسيلة يحتاط بها العاقد، فى بعض الأحيان، لتقلبات الظروف الإقتصادية. فالمتعاقدان يأخذان، فى مثل هذه الفروض، حساب الزمن(١)، فى إعتبارهما عند التعاقد. فالمستورد الذى يتعاقد مع المورد على توريد المادة الخام اللازمة لمصنعة، لمدة طويلة نسبيا، خشية ندرة هذه المواد أو خشية إرتفاع سعرها، يكون واضعا نصب عينيه، عند التعاقد، حساب السنين الآتية. وكذلك من يتعاقد معه. فالمتعاقدان يعملان، هنا، «على اسقاط حساب الزمن وعدم الإعتداد بالمستقبل فى علاقتهم التعاقدية»(٢)، وما ينجم عن هذا الزمن من تقلبات فى المعطيات الإقتصادية، ويكون العقد، بالتالى، أداة استقرار.

لكن هذا الأصل يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، بل يجب أن يتوقف عند حد معين. فالمتعاقدان اللذان يدخلان فى توقعاتهما التغيرات التى يحتمل أن تطرأ على الظروف الإقتصادية، ويبنيان التوازن العقدى على أساس من هذه التوقعات، يجب ألا يحاسبان إلا على أساس التقلبات المألوفة فى تغير الظروف. أما فى التقلبات غير المألوفة، والتى لا يمكن أن يتوقعها الرجل المعتاد، فلا يمكن، بأى حال، إفتراض أنهما قد أخذاها فى إعتبارهما عند التعاقد، وبالتالى لايمكن أن يحاسبا، أو أحدهما، عليها. أى أنه يجب، فيما يتجاوز المألوف، أن تؤخذ التغيرات الإقتصادية فى الإعتبار ويعاد النظر فى التوازن العقدى.

---

(1) JEAN MARC MOUSSERON, La gestion des risques par le contrat, R.T.D.C., 87 annee (1988), No 3 (Juillet-septembre), P. 481. No. 2.

(٢) اهرنج ـ مقتبش من الدكتور نزيه محمد الصادق المهدى - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الالتزام - مجلة القانون والإقتصاد - س ٤٩ - العددان الأول والثانى - ص ١٢٢.

BORIS STARCK, Obligations, Op. Cit., P. 568, No. 1919.

وهذه الحقيقة لم تغب عن أذهان شراح القانون المدنى، الفرنسيين منهم والمصريين. فيقول، فى هذا الشأن، بعض الكتاب الفرنسيين أنه إذا كان من المسلم به أن المتعاقدين لايمكنهما أن يتجاهلا إمكانية التغيرات المستقبلية، إلا أن هناك بعض المعطيات التى تعتبر مستقرة نسبيا، ويتعاقد الطرفان على أساس استقرارها النسبى هذا. فإذا أصاب مثل هذه المعطيات التغير، وجب، عندها، أن يعاد التوازن إلى الرابطة العقدية(١). ويقول الفقهاء المصريون أن إسقاط حساب الزمن وعدم الإعتداد بالمستقبل فى علاقات الأفراد التعاقدية يجب أن يكون «مقصورا على التغيرات المتوقعة، أى التقلبات المستقبلية التى تدخل فى عنصر التوقع الشخصى للإرادة، أما الظروف والتغيرات الطارئة غير المتوقعة، فإنما تمثل عنصرا ماديا يتجاوز مدى التوقع الشخصى، ويجب أن يحدث أثره فى ضرورة تعديل أحكام العقد»(٢). ويؤكدون على هذه الحقيقة بالقول: أنه إذا «كان لتلك الحقيقة مكان ملح فى الحياة البشرية خلال المراحل التاريخية المختلفة، إلا أنها اليوم أكثر ضرورة وأكثر الحاحا من أى وقت مضى، ذلك أن التغيرات التى شهدها عصرنا لم يشهدها أى عصر آخر»(٣).

وصفوة القول: أن التغير فى الظروف الإقتصادية أمر كائن، لكنه، بالإضافة إلى ذلك، قد يتجاوز كل التوقعات، ويؤدى إلى قلب التوازن العقدى رأسا على عقب(٤). وهو، من هذه الناحية، يمثل الضابط الثانى لتطبيق فكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية. وبإعتباره كذلك، يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، تتمثل فى ضرورة أن يخرج عن توقعات المتعاقدين، وأن يكون استثنائيا وأن يكون - عند بعض الفقهاء - عاما.

---

(1) GERARD FARJAT, Droit Prive de l`economie, les obligations, Op. Cit., P. 271.

(٢) الدكتور نزيه المهدى - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الإلتزام - سالف الإشارة - ص ١٢٢، ١٢٣.

(٣) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - الرسالة سالفة الذكر - ص ٢٩.

(4) JEAN - MARIE PONTIER, L`imprevisibilite, Reuve de Droit Public, 1986, I, P. 5.

وهذه الشروط هى التى سوف نتعرض لها فى هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، على النحو التالى:

المبحث الأول : فى شرط عدم إمكانية توقع التغير.

المبحث الثانى : فى شرط إستثنائية التغير.

المبحث الثالث : فى شرط عمومية التغير.

المبحث الأول

شرط عدم إمكانية توقع التغير

١٦١ - لما كان التغير الذى يقود إلى إعمال فكرة التطويع، يؤدى، بهذا التطويع، إلى الخروج على مبدأ مقدس فى القوانين الوضعية، وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذا فقد وجب أن يكون هذا التغير غير متوقع. وعلى هذا الشرط يجمع الفقه المصرى(١)، والفرنسى(٢).

ولكن إذا كان الفقه يجمع على ضرورة أن يكون التغير غير متوقع، باعتبار أن هذا شرط منطقى يمليه التفكير السليم، إلا أنه يتفرق عند تحديد المقصود بعدم التوقع هذا(٣). فهناك، فى هذا الشأن، مدرستان، مدرسة إرادية

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - سالف الذكر - بند ٤٢٠ - ص ٨٧٢.
الإستاذ/ صليب بك سامى - الظروف الطارئة وأثرها فى مسئولية المتعاقدين - المرجع السابق - ص ٨١٥، ٨١٦.
الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - سالف الذكر - ص ٦٧٣ ومابعدها.
الدكتور اسماعيل غانم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٥٦ - ص ٢١٦.
الدكتور جمال زكى - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٤٦ - ص ١٥٦.
الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٢٩.
الدكتور جعفر عبدالسلام - رسالته سالفة الذكر - ص ٥٥٨ ومابعدها.
الدكتور حسب الرسول الشيخ القزازى - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٢٧ ومابعدها.
الإستاذ زكى سعيد البدرمانى - ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ونظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - ص ٨٤٩.

(2) GERARD FARGAT, les obligations, Op. Cit., P. 272.

(٣) خاصة وأنه مفهوم نسبى، بمعنى أنه لايوجد عدم توقع مطلق للفعل أو للظرف أو الحادث الذى يقلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب. «فقلما يوجد حدث يعتبر غير متوقع كلية. ولهذا فإن فكرة عدم التوقع لاتقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد».
الدكتور على محمد على عبدالمولى - الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد - الرسالة سالفة الذكر - ص ٢٢٩.

ومدرسة موضوعية. ولذا يجب علينا أن نعرض لهاتين المدرستين فى المطلب الأول. لكن عدم التوقع يقتضى، من ناحية أخرى، ألا يكون التغير إراديا، وألا يكون فى وسع المتعاقد تجنب آثاره، أو على الأقل، الحد منها، الأمر الذى يوجب علينا أن نتعرض لمقتضيات عدم التوقع فى المطلب الثانى.

ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على الوجه التالى:

المطلب الأول : معايير عدم التوقع.

المطلب الثانى : مقتضيات عدم التوقع.

المطلب الأول

معايير عدم التوقع

١٦٢ - قلنا أن هناك مدرستين فى تحديد معايير عدم التوقع، هما المدرسة الإرادية والمدرسة الموضوعية.

أولا : المدرسة الارادية :

تقوم المدرسة الإرادية، فى خصوص موضوعنا، على أن العقد يجد أساسه فى الطرفين المتعاقدين(١)، دون أن يتجاوز ذلك إلى خارج الطرفين(٢). ومن هنا فإن التوقع يجب، عند أنصار هذه المدرسة، أن يكون بالنظر إلى كل متعاقد وظروفه الخاصة، «فيراعى مثلا مركز المتعاقد فى الهيئة الإجتماعية، ودرجة تفكيره، وثقافته، وقدرته العقلية، وإدراكه على وجه العموم»(٣).

وعلى هذا الأساس لايمكن القول بمعيار واحد تحدد به درجة التوقع أو عدم التوقع التى يعتد بها، لإعمال فكرة التطويع، بل إننا سنواجه بمعايير مختلفة، بإختلاف الناس فى مراكزهم الإجتماعية، وفى درجة ثقافتهم وقدرتهم العقلية. فالتوقع إذا ما انصب على إتلاف دودة القطن للمحصول، مثلا، وجب أن يقاس بمعيار الفلاحين، بل، وفى داخل هذه الفئة، يجب أن يقاس التوقع بالنظر إلى كل فلاح على حدة، مع الأخذ فى الإعتبار ثقافته ومتابعته للأرصاد الجوية والنشرات. وسنه. وأن تعلق التوقع بصدور قانون يسعر بعض

---

(1) TAOFEK CHEHATA, le concession de service Pulbic, these, Caire, 1941, P. 183.

(٢) الدكتور نزيه محمد الصادق المهدى - محاولته القيمة للتوفيق بين المذهب الشخصى والمذهب الموضوعى - البحث سالف الذكر - ص ٣٠.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٣٧، ٢٣٨.

السلع، أو يخرجها من التسعير، لايمكن أن يقاس التوقع أو عدمه بمعيار عام، بل يجب أن يكون هناك معيار خاص بالمثقفين وآخر بغير المثقفين، بل وفى داخل كل فئة، يجب أن يعامل كل فرد على حسب قدراته وإمكانياته الخاصة. لذلك يقال أن المدرسة الإرادية لاتعطى معيارا واحدا للتوقع أو لعدم التوقع، بل أنها تعطى من المعايير بقدر عدد أفراد الهيئة الإجتماعية.

لكن المدرسة الإرادية، فيما ذهبت إليه من ضرورة النظر إلى كل متعاقد على حدة، لبيان توافر شرط عدم التوقع من عدمه، تعرضت للنقد، على أساس أن ماتقول به يؤخذ عليه «قيامه على عوامل نفسية وذهنية لايسهل تقصيها أو التحقق منها، كما أن التباين الكبير فى ظروف وقدرات الأشخاص يؤدى، بدوره، إلى تنوع الحلول واختلاف الآراء»(١).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن هذه المدرسة قد تقود إلى القول بالتطويع، ولو لم يكن هناك تغير فى الواقع والحقيقة، مادام هذا التغير قد حدث من وجهة نظر المتعاقد واكتسب، عنده، صفة عدم التوقع. فيكفى، طبقا لهذه المدرسة، أن تتغير آمال المتعاقد التى كان يبنيها على تعاقده، ليطالب بالتطويع، مادام تغير هذه الآمال كان له وصف عدم التوقع، من وجهة نظره(٢). وأخيرا، نرى أن ما تقول به المدرسة الإرادية، فى شأن شرط عدم توقع التغير، يبدو غير منطقى وغير عادل: فهو غير منطقى لأن المنطق القانونى يقضى بتوحيد الأحكام لا بالتمييز بينها، بحسب الأفراد الذين سيخضعون لها، طبقا لكفاءتهم. فإذا تعلق الأمر بوضع المعايير وجب توحيد هذه الأخيرة، حتى ولو إقتضى الحال بناءها على الغالب الأعم من الأحوال. وهو قول غير عادل لأنه يقود إلى التمييز بين الأفراد فى المعاملة بلا مبرر. فهو يحابى طائفة محدودى الثقافة والفكر، ويغبن طائفة المثقفين. فهذه

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٤٠.

(٢) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٥٦٢.

المدرسة تقول بمعيار هين بالنسبة للطائفة الأولى، مقارنة بالمعيار الذى تقول به بالنسبة للطائفة الثانية، دون أن يقترف أفراد هذه الطائفة أى ذنب يبرر ذلك.

ثانيا : المدرسة الموضوعية :

تقوم المدرسة الموضوعية على تجريد رابطة الإلتزام من طرفيها، والنظر إليها نظرة موضوعية تخلط الإلتزام بمحله(١). ولذلك، فإن شرط توقع التغير لامحل له فى ذاته، فى نظر أنصار هذه المدرسة بل يكفى، عندهم، أن يكون التغير شاذا أو غير عادى. بمعنى أنه يتجاوز التغيرات التى يكون توقعها طبيعيا ومعتادا لحظة إبرام العقد. فمن «مقتضى هذا المعيار، فى نظر القائلين به، التركيز على الجانب الموضوعى للظروف بما يتضمنه ذلك من استبعاد المشكلة المحيرة، وهى ما إذا كانت تلك الظروف متوقعة أو غير متوقعة»(٢).

لكن يجب ألا يفهم، من ذلك، أن المدرسة الموضوعية تغفل، بصفة مطلقة، شرط عدم التوقع، وإنما هى تضع قرينة، غير قابلة لإثبات العكس، على وجود عدم التوقع هذا. فمتى توافرت القرينة أجيز الإلتجاء إلى فكرة التطويع، بغض النظر عما إذا كان أى من الطرفين قد توقع التغير أو لم يتوقعه. ومتى تخلفت هذه القرينة فلا يجوز اللجوء إلى فكرة التطويع، يستوى أن يكون التغير متوقعا أو غير متوقع، بالنظر إلى المتعاقد الذى يطالب بإعمال فكرة التطويع. وتتمثل القرينة التى تضعها المدرسة الموضوعية على عدم التوقع فى «أن سبب الإتفاق، مفهوما على أساس أنه الهدف الموضوعى للإتفاق، يمسه التغير مساسا كبيرا بحيث لايمكن - إن كان هناك حسن نية -

---

(١) الدكتور نزيه المهدى - محاولة للتوفيق بين المذهب الشخصى والمذهب الموضوعى - البحث سالف الذكر - ص ٧٩.

(٢) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٥٦٣، ٥٦٤.

أن يطلب من المدين إنجاز التعهد، وبما يجعل مراعاة استمرار معانى الإتفاق نفسه يتطلب التوقف»(١).

على أن هذا التحديد المطلق والمجرد من كل إعتبار شخصى لفكرة التوقع، كما تقول به المدرسة الموضوعية، لايروق لمعظم الفقهاء. فالغالبية العظمى من الفقهاء تحدد، رغم إنتمائها للمدرسة الموضوعية، درجة التوقع بشىء من المرونة، بدلا من فرض قرينة موضوعية جامدة للتوقع. فالتوقع، عند هؤلاء الفقهاء، وإن كان لايتم قياسه بالنظر إلى الظروف الشخصية للمتعاقد، وإنما يتم، بالنظر إلى الظروف والأحوال التى أحاطت بالعملية العقدية، إلا أنه لابد من قياسه بمعيار الرجل المعتاد، الذى يوضع فى نفس ظروف المتعاقد. فإن توقع الرجل المعتاد التغير الذى يحدث فى الظروف الإقتصادية، عند إبرام العقد، استبعد إعمال فكرة التطويع(٢). أما إن كان الرجل المعتاد، الذى يوضع فى الظروف السابقة، لايمكنه توقع التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية، أمكن إعمال فكرة التطويع(٣). فالمعيار الموضوعى عند هذا الفريق من أنصار المدرسة الموضوعية «لايتطلب أن يكون المتعاقد من ذوى التفكير الثاقب أو العبقرية الفذة، كما أنه لا يتطلب أن يكون هذا المتعاقد من ذوى التفكير الضحل أو الهمة المتقاعسة أو من المهملين ذوى الغفلة الذين لايقدرون الأمور تقديرا سليما، وإنما يتطلب هذا المعيار شخصا وسطا بين الإثنين ممن تتكون منهم أغلبية أفراد المجتمع(٤). فالمعيار، عندهم، «أن ينظر إلى الحادث، فإن كان مما يمكن للرجل المعتاد أن يتوقعه، وقت التعاقد،

---

(1) A.P. De CAVIEDES, Clause RUBUS SIC STANTIBUS et clauses de revision, R.D.C., 1966, II, P. 172.

(٢) الدكتور على محمد على عبدالمولى - الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٢٩، إذ يرى أن المعيار فى عدم التوقع هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصول التغير، حتى ولو وضع فى ظروف المتعاقد وقت التعاقد.

(٣) الدكتور اسماعيل غانم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ١٥٦ - ص ٢١٦.

(٤) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - الرسالة سالفة الذكر - ص ٣٤٠.

كارتفاع أو هبوط مألوفين فى الأسعار، فلا يشكل حادثا إستثنائيا، ويعتبر مثل هذا الحادث من الإحتمالات المألوفة التى يتوقعها المتعاقد، وعليه أن يتحمل خطرها. أما إذا كان الحادث مما لايمكن للرجل المعتاد أن يتوقعه، كقيام حرب أو وقوع زلزال أو غارة جراد أو إنتشار وباء أو فيضان نهر، بصورة شاذة نادرة، فهو حادث إستثنائى، لأنه من الإحتمالات غير المألوفة التى تباغت المتعاقد وليس فى وسعه أن يحسب لها حسابا وقت العقد»(١).

وتطبيقا لذلك قضى بأنه «يشترط فى الحادث الطارىء أن يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع. ويكون الحادث الطارىء عاما إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس، والمعيار فى توافر ما اشترطه النص فى وصف الحوادث المشار إليها من أنها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه»(٢).

وما تقول به المدرسة الموضوعية، من تحديد لشرط عدم التوقع، يتجنب الإنتقادات التى وجهت إلى التحديد الذى قالت به المدرسة الإرادية. لكن ذلك لايعنى أن المدرسة الموضوعية سلمت من النقد، بل أخذ عليها، أولا، أنها تقيم التوقع أو عدم التوقع على قرينة موضوعية، قد تبعد عن الحقيقة، الأمر الذى يجعل التوقع أو عدمه، فى بعض الأحيان، مفروضا فرضا. كذلك أخذ على هذه المدرسة، من ناحية ثانية، أنها تضيق من نطاق تطبيق فكرة التطويع باشتراطها أن يمس التغير سبب وجود العقد، ومن ثم، فإنها لا تجابه

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٣٩.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٥/٣/٤ - م نقض م - س ٢٦ - ص ٥٢٥.
وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٧٨/١/١١ فى الطعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - س ٢٩ - جـ ١ - ص ١٥٢ - ق ٣٦.
وأيضا نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/١٢/٦ فى الطعن رقم ٤ لسنة ٤٤ ق - م نقض م - س ٣٠ - جـ ٢ - ص

مقتضيات التطور السلمى للمراكز الناشئة عن الرابطة العقدية(١). كذلك أخذ على هذه المدرسة أنها قد تقود إلى نتائج تخالف المنطق والعدالة. فمن غير المقبول، عدلا ومنطقا، أن يهمل جانب المتعاقد كلية، ويتم الإستناد إلى الشخص المجرد. فـ «الشخص العادى أو المعتاد ليس حقيقة ماثلة وإنما هو مجرد تصور فقهى قصد به الحفاظ على استقرار التعامل فى المجتمع. وليس من العدل، فى كثير من الحالات، أن تهدر ظروف المتعاقد الشخصية بحجة الحفاظ على هذا الإستقرار»(٢).

ولتلافى النقد الموجه إلى المعيار الذى تقوم عليه المدرسة الموضوعية، قال بعض الفقهاء(٣) بالمعيار المختلط، أو بما أسموه «المتعاقد النظير»، والذى يقوم على النظر إلى التوقع من وجهة نظر شخص يكون فى مستوى المتعاقد أو نظيرا له. أى إذا كان المتعاقد فنانا وجب أن يكون النظير فنانا، وإذا كان المتعاقد فلاحا بسيطا يجب أن ينظر إلى شخص فلاح مثله للقول بإمكانية التوقع من عدمه. فإذا اتضح أن هذا الشخص النظير كان يتوقع الحادث أو التغير عد شرط عدم التوقع متخلفا، وإن كان هذا الشخص النظير لايتوقع التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية عد شرط عدم التوقع متوافرا.

لكننا نرى أن معيار الشخص النظير لايخرج عما قالت به المدرسة الموضوعية. فهو يقوم على عدم تنبه لفكرة الرجل المعتاد الذى قالت به المدرسة الموضوعية. فالمدرسة الموضوعية حينما قالت بمعيار الرجل المعتاد، وضعت هذا الأخير فى نفس ظروف المتعاقد، أى أنها لم تنظر إلى الرجل المعتاد بمعزل عن المتعاقد، وإنما أحاطته بما كان يحيط بالمتعاقد من ظروف

---

(١) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - الرسالة سالفة الذكر - ص ٥٧٠.

(٢) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٣٤٢.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - اثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٣٤٢، ٣٤٣.

ومعطيات، ثم تساءلت هل الرجل المعتاد، محاطا بمثل هذه المعطيات والظروف، كان سيتوقع الحادث أم لا. فإذا كان المتعاقد ريفيا، مثلا، وابرم العقد تحت ظروف حاجة ملحة، وهو أمى لايقرأ، أحاطت المدرسة الموضوعية الرجل المعتاد بنفس الظروف، وافترضت أنه ريفى وابرم العقد تحت ضغط حاجة ملحة، وأنه أمى لايقرأ، ثم تتساءل عما إذا كان سيتوقع حدوث التغير من عدمه. أما إذا كان لا يتوقع حدوث التغير أجيب المتعاقد إلى طلب تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية الجديدة، إن طلب ذلك.

وعلى هذا الأساس، لايخرج هذا الرأى عما قال به أنصار المدرسة الموضعية، ومن ثم، تسرى عليه نفس الإنتقادات التى وجهت للمدرسة الموضوعية.

ثالثا : شرط عدم التوقع من وجهة نظرنا :

من العرض السابق لرأى المدرستين، الإرادية والموضوعية، فى شرط عدم التوقع، وماوجه إلى كل منهما من نقد، يمكننا القول أن المدرستين أخطأتا مرتين: الأولى عند نظرتهما لموضوع عدم التوقع، والثانية عند تطرف كل منهما فى الإتجاه الذى مالت إليه.

فكل من المدرستين تكلمت عن التوقع أو عدم التوقع على إعتبار أنه يرتبط بالحادث أو الطارىء أو التغير، فاشترطت المدرسة الإرادية عدم توقع التغير من قبل المتعاقد، واشترطت المدرسة الموضوعية فى التغير ألا يكون متوقعا بالنظر إلى الظروف التى أحاطت بالعملية العقدية، على رأى، أو بالنظر إلى الرجل المعتاد، على رأى آخر، ولم تلق أى من المدرستين بالا لتوقع أو عدم توقع النتائج التى تترتب على التغير. والرأى، عندنا، أن التوقع أو عدمه يجب أن يبحث من ناحية النتائج أو الآثار التى تترتب على التغير، أيضا، ولايقتصر على التغير فقط.

وتفصيل ذلك أن المسألة قد تأخذ أحد فروض ثلاثة: فقد لايتوقع

المتعاقد أى تغير فى الظروف التى صاحبت إبرام العقد، وبالتالى، لاتخطر بباله الآثار التى تصاحب هذا التغير بعد حدوثه، كأن أعقب ابرام عقد توريد منتجات زراعية ان أتت على المحصول آفة، دون أن يكون ذلك متوقعا، مما يقود إلى أن يقوم المتعهد بالتوريد باستيراد الكميات المتعاقد عليها، ولكن بأثمان باهظة.

وفى الفرض الثانى يتوقع المتعاقد التغير الذى يحدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، ولكنه لا يتوقع النتائج التى يقود إليها هذا التغير، أو على الأقل لا يقدر هذه النتائج قدرها الحقيقى، كأن يتوقع المؤجر حدوث ثورة أو إنقلاب ولكنه لا يتوقع مايصاحب هذا الإنقلاب أو تلك الثورة من انخفاض فى قيمة النقود، يجعل الأجرة المتفق عليها لا تغطى النفقات الضرورية التى يلتزم بها قبل المستأجر.

أما فى الفرض الثالث، فإن المتعاقد يتوقع آثارا معينة ستحدث مستقبلا، وتنصب على التزامه أو على التزامات المتعاقد الآخر، وسوف تسوىء من مركزه، ولكنه لا يستطيع، لحظة إبرام العقد (وهى لحظة توقعه)، أن يربطها بتغير معين، وإنما - لسبب أو لآخر - يربطها بالقضاء والقدر. فالمتعاقد، فى هذا الفرض، لم يتوقع التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية التى إحاطت بإبرام العقد. فمستأجر الأرض الزراعية لمدة طويلة، الذى يتوقع زيادة مضطردة فى الإلتزام الواقع على عاتقه، أو يتوقع إنخفاضا مضطردا فى نتاج الأرض المستأجرة، دون أن يتمكن من ارجاع هذا أو ذاك إلى أى تغير فى الظروف الإقتصادية التى صاحبت ابرام العقد، يستند إلى القضاء والقدر فى تبرير مثل هذه التغيرات.

وقد فصلت كل من المدرستين، الإرادية والموضوعية، القول فى الشق الأول من الفرض الأول، واغفلت الكلام عن الفرضين الثانى والثالث وعن الشق الثانى من الفرض الأول. ومن هنا ظهر قصور كل من المدرستين. فالحكم يجب أن يختلف بإختلاف توقع الأثر أو عدم توقعه، بغض النظر عن التغير.

ولذلك، فإننا نرى أن شرط عدم التوقع يجب أن يتعلق بالآثار التى تسىء لمركز المتعاقد أو تحسن من مركز المتعاقد الآخر على حساب الأول، ويكون الحكم أنه إذا لم يكن هذا الأثر متوقعا وجب إعمال فكرة التطويع، عند توافر باقى شروطها، بغض النظر عما إذا كان التغير متوقعا، أو غير متوقع. أما إذا كان هذا الأثر متوقعا فلا يمكن إعمال فكرة التطويع، بغض النظر عن توقع أو عدم توقع التغيير.

أما المأخذ الثانى، لنا، على مسلك المدرسة الإرادية، وعلى مسلك المدرسة الموضوعية، على الأقل طبقا للرأى المتطرف القائل بوجود قرينة موضوعية على التوقع أو عدم التوقع، فهو أن المدرسة الأولى تطرفت فى قصرها معيار عدم التوقع على شخص المتعاقد، مما قاد بها إلى القول بإختلاف الحكم من حالة إلى أخرى، بإختلاف تكوين الأفراد الثقافى والخلقى والبيئى. فهذه المدرسة تعتبر قاصرة عن تقديم معيار محدد يمكن الإستناد إليه. هذا، فى حين أن المدرسة الموضوعية تطرفت فى إغفالها لظروف المتعاقد، وتقديمها لمعيار قد يبعد كثيرا عن الحقيقة. وهذا يتنافى مع العدل والمنطق.

ولذلك يكون حسم مسألة التوقع وعدم التوقع، عند إعمال فكرة التطويع، بالتوفيق بين المعيارين الشخصى والموضوعى[١]، وإن كان هذا التوفيق لايتم عن طريق التوازن المطلق بين المعيارين فى خلق معيار جديد، وإنما لابد من تغليب جانب على آخر، تبعا للظروف والحالات. أى أن هذا التطبيق لفكرة التطويع يختلف فى تغليب هذا الشق أو ذاك عن تطبيق آخر. فعلى سبيل المثال، فى نظرية القوة القاهرة يجب تغليب الجانب الشخصى، على المعيار المطبق، على الجانب الموضوعى، على حين يجب تغليب الجانب الموضوعى فى المعيار المطبق، فى نظرية الظروف الطارئة[٢]، وذلك بالنظر إلى النصوص القانونية المنظمة لأحكام كل منهما.

---

(١) أشرنا آنفا إلى محاولة الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى لتقويم المدرسة الموضوعية فى رسالته سالفة الذكر - ص ٣٤٢.

(٢) الدكتور نزيه المهدى - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الإلتزام - سالف الإشارة - ص ٤٩٦ ومابعدها.

المطلب الثانى

مقتضيات عدم التوقع

١٦٣ - إذا كنا قد خلصنا إلى أن شرط عدم التوقع يجب أن ينصرف إلى عدم توقع الآثار الناجمة عن التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية، بالإضافة إلى عدم توقع التغير فى ذاته، فإن هذا الشرط يقتضى، من ناحية، ألا يكون التغير قد حدث بفعل المتعاقد، وألا يكون المتعاقد، من ناحية ثانية، قد تقاعس فى مواجهة آثاره.

لذلك، فإن مقتضيات عدم التوقع تتمثل فى عدم إرادية التغير، وفى إتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهة آثار هذا التغير.

أولا : عدم إرادية التغير:

أن الآثار التى تترتب على التغير الحادث فى ظروف ابرام العقد، والتى يستند إليها المدين بالإلتزام فى المطالبة بإعمال فكرة التطوع، يجب، حتى ترتب نتائجها، ألا يكون سببها إراديا. أى يجب ألا تكون بفعل المدين، ولا بخطئه، لأنه، كما يقول المثل الرومانى القديم، «لكى تلجأ إلى العدالة يجب ألا تكون ملوث اليدين».

وعلى هذا الأساس، فإن المتعاقد الذى يأتى فعلا عمديا وتترتب عليه آثار تسىء لمركزه بقلب إقتصاديات العقد، لا يجوز له - نتيجة لذلك - أن يطالب بإعمال فكرة التطويع. فمن «يحرق محصوله، أو يشعل النار فى مصنعه، أو يفتح ثغرات لتنفذ منها مياه الفيضان لإغراق زراعته»(١) لا تجوز

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى والقانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٣١٨.

له المطالبة بإعمال فكرة التطويع(١).

والمتعاقد الذى يرتكب إهمالا، بمعنى عدم تبصر وعدم إحتياط، ويترتب على هذا الإهمال حدوث تغير فى ظروف إبرام الرابطة العقدية، مما يؤدى إلى قلب إقتصاديات العقد لغير صالحه، كمن يهمل فى وقاية مزروعاته من الآفات، وكمن يتقاعس فى إتخاذ الإحتياطات الكافية لتجنيب مصنعه مغبة الحريق، وكمن يهمل تقوية الجسور التى تحيط بأملاكه لمواجهة الفيضان، لايجوز له طلب التطويع.

وكما يتخذ الفعل أو الإهمال، الذى يهدم شرط عدم التوقع، صورة إيجابية، كما فى الأمثلة السابقة، يمكنه أن يكون فى صورة سلبية، ويرتب نفس النتيجة. فمن يفرض عليه القانون واجبا معينا بالقيام بعمل ولايقوم به، أو يهمل فى القيام به لظنه - خطأ - أنه لايلتزم بالقيام به، مما يؤدى إلى تغير فى الظروف التى أبرم العقد فى ظلها، بقلب إقتصاديات العقد لغير صالحه، لايجوز له أن يطالب بإعمال فكرة التطويع.

وصفوة القول، أن اشتراط عدم توقع الآثار التى تترتب على تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، ينفيه أن تكون إرادة المتعاقد المتضرر من التغير هى السبب الذى قاد إلى هذه النتيجة، مع الأخذ فى ذلك بمعيار السببية المباشرة. مع التخفيف، فى بعض الأحيان، بمعيار السببية غير المباشرة.

ويقود إعتبار عدم إرادية التغير مقتض ضروريا لشرط عدم التوقع

---

(١) فالشرط للتطويع ألا يكون التغير «راجعا إلى خطأ المدين، إذ لايجوز له أن يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره» نقض مدنى بجلسة ١٩٦٣/١/٣ فى الطعن رقم ٢٦/٢٦٢ ق - م نقض م - س ١٤ - جـ ١ - ص ٣٧ - ق ٣، وكذلك بجلسة ١٩٦٤/٣/١٦ فى الطعنر رقم ٢٦٨ لسنة ٢٩ ق - م نقض م - س ١٥ - ص ٤٠٩ - ق ٦٧.

إلى نتائج عملية فى غاية الأهمية، تتمثل فى أن القول بغيره يؤدى إلى أن يستفيد المتعاقد سىء النية أو المهمل من سوء نيته أو إهماله، إن طبقت فكرة التطويع لصالحه، فالفرض أن هذا المتعاقد يستحق العقاب على سوء نيته أو إهماله لا أن يكافأ على ذلك. وشرط عدم إرادة التوقع هو الذى يؤدى، إلى هذه النتيجة المنطقية. هذا من ناحية ومن ناحية ثانية، فإن إغفال هذا المقتضى قد يدفع بالمتعاقد إلى إتخاذ كل مامن شأنه إحداث التغير فى ظروف إبرام العقد، إضرارا بالمتعاقد الآخر، متى كان من المقرر أن مثل هذا المسلك لايحول بينه وبين المطالبة بالتطويع(١).

ثانيا : مواجهة آثار التغير :

من مقتضيات إعمال فكرة التطويع ألا يستطيع المتعاقد المتضرر من التغير أن يواجه الآثار المتولدة عن التغير، بدفعها أو بتحاشيها. فإذا كان بوسع هذا المتعاقد دفع آثار التغيير أو تحاشيها، ولم يفعل، عد مقصرا، وتحمل تبعة تقصيره(٢).

وقد عرضت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ المصرى لمسألة عجز المتعاقد المتضرر من التغير، عند مناقشة موضوع نظرية الظروف الطارئة. وذهب المتناقشون إلى أن إنتشار دودة القطن، وعلى الخصوص، فى منطقة الدلتا، وما ينشأ عنها من آثار، لايجيز للمتعاقد المطالبة بمراجعة العقد، على أساس أن ذلك، إن حصل، فإنما ينم عن إهمال من المتعاقد، إذ أصبح من الممكن دفع هذه الآثار بإستخدام وسائل الوقاية والعلاج من مثل هذه الإصابات(٣).

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٣١٨.

(٢) الدكتور/ جمال زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - جـ ١ - المرجع السابق - ص ١٥٦.
الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع سالف الإشارة - ص ١٤٠.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - الجزء الثانى - ص ٢٨٤.

وعلى هذا الأساس لايستطيع متعهد التوريد أن يطالب بإعمال فكرة التطويع ومراجعة عقد التوريد إستنادا إلى نشوب حرب جعلت من المكلف له الإستمرار فى استيراد السلعة المتعهد بتوريدها، إن ثبت أنه كان يستطيع أن يشترى نفس السلعة من السوق المحلية وبالسعر المعقول، وتقاعس عن ذلك، حتى نفذ الموجود منها. فهو فى مثل هذا الفرض كان يستطيع أن يتحاشى الآثار الناجمة عن الحرب، وأهمل فى ذلك. أما لو ثبت أن هذه السلعة يصعب الحصول عليها من السوق المحلية إلا بأسعار باهظة، ولم يقم المتعهد، لذلك، بالشراء والتوريد، فإنه يستطيع أن يطلب مراجعة العقد على أساس أن تحاشى آثار التغيير لم تكن ممكنة بالنسبة له.

وعلى هذا الأساس، أيضا، لايستطيع مستأجر الأرض الزراعية أن يطالب بمراجعة الأجرة بحجة أن الفيضانات أتلفت مزروعاته، إذا ثبت أنه كان بإمكانه إقامة الجسور اللازمة لمنع وصول المياه إلى أرضه، وتقاعس فى ذلك. لكن إن ثبت أنه لم يكن ليستطيع إقامة مثل هذه الجسور، إما لجسامة الفيضانات أو لقصور ذات اليدين، لايمكن أن ينسب إليه إهمال، وبالتالى، يملك أن يطالب بإعمال فكرة التطويع، إستنادا إلى أن دفع التغير أو آثاره لم يكن ممكنا له.

هذا، وإذا كان البحث فى إرادية التغير أو عدم إراديته، كمقتضى أول من مقتضيات شرط عدم التوقع، يقوم على معيار شخصى، أى بالنظر إلى نفسية المتعاقد، كما تدل عليها القرائن، فإن البحث فى مواجهة آثار التغير، باعتباره المقتضى الثانى من مقتضيات شرط عدم التوقع، يقوم على معيار الرجل المعتاد(١) موضوعا فى نفس ظروف المتعاقد. فإن كان بمكنة الرجل المعتاد أن يواجه آثار التغير، كان على المتعاقد أن يواجهها، فإن لم يفعل يعد مخطئا ولايستطيع، بالتالى، أن يطالب بإعمال فكرة التطويع. أما إذا كان الرجل المعتاد، موضوعا فى نفس ظروف المتعاقد، لايستطيع أن يواجه آثار التغير، أى لايمكنه أن يتحاشاها، أو أن يدفعها، فإن المتعاقد يملك المطالبة بإعمال فكرة التطويع، بإعتبار أنه غير مخطىء.

---

(1) FRANCOIS CHABAS, L`influence de la pluralite, de causes. sur le droit a reparation, these, Paris, L.G.D.J., 1967, P.P. 148 et 149, No. 177.

المبحث الثانى

شرط استثنائية التغير

١٦٤ - لايكفى للقول بفكرة التطويع - خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد - أن يكون، التقلب فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها تقلبا غير متوقع، على التحديد السالف، وإنما يجب أن يكون مقيدا - بالإضافة إلى ذلك - بكون التغير إستثنائيا، على التحديد الذى أوردته القوانين المختلفة فى تنظيمها لبعض تطبيقات التطويع. ولذلك يجب أن نتعرض لشرط الإستثنائية هذا،لبيان المقصود به.

وإذا كان الفقه يحدد شرط الإستثنائية بكون التغير يمثل خروجا عما ألفه الناس، بحسب المجرى العادى للأمور، طبقا للخبرة الطويلة، نسبيا، فى تمرس الحياة، فإنه يرتبط، من بعض الجوانب، بشرط عدم التوقع سالف البيان، الأمر الذى يوجب علينا استبيان مايربط بين الإستثنائية وعدم التوقع من أواصر.

وعلى هذا النحو، فإننا نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول : لبيان المقصود بشرط الإستثنائية.

المطلب الثانى : لبيان العلاقة بين شرط الإستثنائية وشرط عدم التوقع.

المطلب الأول

المقصود بشرط الإستثنائية

١٦٥ - سيرا على نهج النصوص التشريعية(١)، يذهب معظم الشراح(٢) إلى إضفاء شرط الإستثنائية على التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية. ولذلك، نجد من هؤلاء من يقول: أن «الدعامة الرئيسية لهذا الإستثناء(٣) هو أن يكون الظرف الطارىء ناشئا عن حادث إستثنائى. فإذا كان مألوفا، فلا يعتد به، ولا تعتبر الخسارة التى تلحق المدين منه مرهقة، لأن من عادة المألوف أن يكون محتملا بحكم العادة والتعامل»(٤).

والإستثنائية، على هذا التحديد، تعنى ندرة الوقوع، أو الخروج عن مألوف الحياة. ولذلك، فإن «من الظروف مايكون بطبيعته إستثنائيا لايحدث إلا فى النادر القليل، وذلك كاندلاع الحرب أو وقوع الزلزال وسقوط الشهب. ومن هذه الظروف، أيضا، مايكون بطبيعته غير استثنائى لكثرة وقوعه فى الحياة العملية، ومن هذا النوع، مثلا، ارتفاع أو انخفاض الأسعار بمعدلات طفيفة وتكرار ظاهرة الفيضان بمنسوب معلوم وزحف اسراب الجراد بأعداد مألوفة. إلا أنه فى هذه الحالة الأخيرة قد يجىء الإرتفاع أو الإنخفاض فى الأسعار بمعدل غير مألوف لعظمته أو فداحته، وقد يتدفق الفيضان بمنسوب عال يخرج بكثير عما اعتاده الناس فى حياتهم، وقد تتعاظم أعداد الجراد فى الأسراب الزاحفة بشكل لم يعهدها الناس فيما يقع بينم عادة، وهنا يصبح

---

(١) المواد ٢/١٤٧، ١/٦٠٨، ٤/٦٥٨ و ٢/٦٧٢ من القانون المدنى المصرى.

(٢) الدكتور اسماعيل غانم - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - فقرة ١٥٦ - ص ٣١٦.
الدكتور جمال زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام القانون المصرى - جـ ١ - المرجع السابق - بند ١٧٤ - ص ٣١٧.
الدكتور عبد السلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع سالف الذكر - ص ١٢٦ ومابعدها.

(٣) يقصد الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

(٤) عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٣٦ ومابعدها.

الظرف الطارىء، فى جميع هذه الحالات، ظرفا استثنائيا بعد أن كان غير ذلك بحسب المنشأ»(١). ونحن نضيف إلى ذلك أنه فى الحالات الأولى قد يتكرر وقوع الظرف لدرجة أن يألفه الناس ويصير داخلا فى المجرى العادى للأمور، كاندلاع الحروب إذا ماصار هو مألوف الحياة اليومية للناس فى منطقة معينة ولفترة زمنية طويلة، كما حدث فى لبنان وأفغانستان والصومال والسودان، وكما هو حادث فى البوسنة والهرسك. وكحرب الكفاح المسلح التى قادها الشعب الفلسطينى وشعب جنوب أفريقيا. ونفس الشىء بالنسبة للزلزال إذا ما صار فى منطقة ما أمرا مألوفا لتكرار وقوعه فى فترات زمنية متقاربة. ونفس الأمر يقال لتقلب سعر العملة(٢) فى بلد ما إذا ما صار أمرا مألوفا لتكرار حدوثه فى فترة زمنية معينة بسبب الكساد الإقتصادى أو الرخاء الذى يمر به هذا البلد. ففى هذه الحالات وأمثالها يصير التغير مألوفا بعد أن كان إستثنائيا، ولا يؤدى، تبعا لذلك إلى إعمال فكرة التطويع.

وتبتغى التشريعات والشروح الفقهية من تطلب شرط الإستثنائية هذا، التضييق من مجال الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد إلى الحد الذى يمكن معه التوفيق بين إستقرار المعاملات، وما يتطلبه من ثبات فى الروابط العقدية، وبين مقتضيات العدالة وما تتطلبه من ضرورة مراجعة الروابط العقدية، إذا ما أدت التقلبات فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها إلى هدم هذه العدالة. والتساؤل يثور الآن عما إذا كان التحديد الذى تبنته التشريعات وجاراها، فيه، بعض الشراح يحقق مثل هذا الهدف.

الحقيقة أن تحقيق الهدف الذى تصبو إليه هذه التشريعات والخاص بالتوفيق بين مبدأ استقرار المعاملات ومبدأ العدالة العقدية، لايمكن أن يتم بإشتراط أن يوصف التغير بالإستثنائية، لأن التغير الإستثنائى قد يفضى إلى

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٠٦.

(2) RAYMOND BARR, Reflexions pour demain, Hachette, Paris, 1984, P. 51 et Suiv.

PHILIPPE SIMONNOT, Le pouvoir monetaire, Seghers, Pairs, 1975, P. 73 et Suiv.

نتائج غير استثنائية، كما أن التغيرات العادية المألوفة قد تفضى إلى نتائج غير عادية، اى إلى نتائج استثنائية، لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول بضرورة أن يوصف الأثر الناتج عن هذا التغير بالاستثنائية، لا الظرف فى ذاته(١)، حتى يمكن التدخل فى الرابطة العقدية، وتحقيق التوازن المنشود بين استقرار المعاملات من ناحية، واعتبارات العدالة، من ناحية أخرى. كما ذهبوا إلى القول بأن ماذهبت إليه التشريعات وماسلكه الفقه من إسباغ الإستثنائية على التغير، لا على الأثر، يقوم على فهم غير دقيق لشرط الإستثنائية(٢).

ونحن من جانبنا لايمكن أن نسلم بما ذهب إليه هذا الرأى من ضرورة إسباغ وصف الإستثنائية على النتائج التى تحدث بفعل التغير، والتغاضى عن وصف التغير، فى ذاته، بالإستثنائية. فإسباغ وصف الإستثنائية على نتائج التغير لا على التغير فى ذاته تحقق نتيجتين عمليتين، إحداهما مطلوبة والأخرى مرفوضة. فالنتيجة العملية الأولى لإسباغ وصف الإستثنائية على نتائج التغير دون التغير، هى أن هذا المسلك يؤدى إلى أن يستبعد من مجال فكرة التطويع التغيرات الإستثنائية التى لا تقود إلى نتائج استثنائية. فكما قلنا، قد يحدث تغير استثنائى فى ظروف الرابطة العقدية، كحرب أو تضخم أو كساد، دون أن يؤدى ذلك إلى نتائج استثنائية، كما لو إتجه الإستيراد إلى جهة غير التى جعلت الحرب الإستيراد منها مكلفا، أو أن الدولة لجأت إلى التسعير لمحاربة التضخم، أو إلى تقديم دعم للسلع الموجودة بالسوق لمحاربة الكساد. فى هذه الفروض وأمثالها يكون إسباغ وصف الإستثنائية على نتائج

---

(1) MAGDI SOBHY KHALIL, La dirigisme economique et les contrats, these, PARIS, L.G.D.J., 1967, No. 570, P. 354.

(٢) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - الرسالة سالفة الذكر - ص ٢٠٧. ويستشهد سيادته بقضية قناة كاربونييه، فى فرنسا، التى قضت فيها محكمة إستئناف باريس بمراجعة العقد. ويقوم الاستشهاد على أنه على الرغم من أن ظروف العقد الإقتصادية قد إختلت إختلالا فادحا، إلا أن ذلك لم يكن نتيجة ظروف إستثنائية وإنما فقط نتيجة مرور الزمن، ولايمكن أن يقال أن مرور فترة من الزمن، مهما إن طالت، يعتبر تغييرا أو ظرفا استثنائيا.

التغير، لا على التغير فى ذاته، محققا لنتيجة عملية مرغوبة. لكن يجب التنبيه إلى أن هذه النتيجة المرغوبة يحققها ما يتطلب فى آثار التغير من شروط، على النحو الذى سنراه عند الكلام عن ضابط الأثر المترتب على التغير، وبالتالى، يكون اشتراط أن ينصب التغير على النتائج دون التغير، بلا فائدة.

أما النتيجة العملية الثانية التى تترتب على اشتراط أن ينصب وصف الإستثنائية على نتائج التغير دون التغير ذاته فتتمثل فى إدخال الروابط العقدية التى يختل فيها التوازن فى الإداءات، فى مجال فكرة التطويع، حتى ولو كان هذا الإختلال غير ناتج عن ظروف أو تغيرات استثنائية. ففيضان النيل قد لايكون مجاوزا للمألوف، وبالتالى، ليس استثنائيا، ولكنه قد يرتب آثارا قاسية على التوازن الإقتصادى للرابطة العقدية، تتمثل فى إختلالها ضد الطرف المدين(١). وهنا يقود القول باسباغ وصف الإستثنائية على نتائج التغيير إلى علاج هذا الوضع، ومد فكرة التطويع لتغطى هذه الحالة وأمثالها. ونحن لا نوافق على هذا القول، ونرى أن المدين فى مثل هذه الحالات هو الذى يتحمل آثار هذا الإخلال باعتبار أن الأقدار هى التى اختارته لتحمل هذه الخسارة، وذلك عملا على التوفيق بين اعتبارات العدالة وبين استقرار الروابط العقدية، ولأن القول بغير ذلك يؤدى إلى هدم كل استقرار منشود للعقود.

أما المثل الذى قيل فى شأن قضية قناة كاربونييه، فإننا نرى أن محكمة إستئناف باريس لم تخرج عما ذهب إليه الرأى السائد فى الفقه، فى صدده، من اشتراك أن يوصف التغير، فى ذاته، بالإستثنائية. وتفسير ذلك أن مرور ثلاثة قرون، وإن كان لا يعتبر فى ذاته تغيرا إستثنائيا، إلا أنه قاد إلى أن تنخفض قيمة النقود انخفاضا كبيرا، عندما رفعت دعوى المطالبة بالمراجعة، مقارنة بما كانت عليه عند إبرام العقد. وهذا الإنخفاض يعتبر تغيرا إستثنائيا

---

(1) MAGDI SOBHY KHALIL, La dirigisme economique et les contrats, these, Op. Cit., No. 570, P. 354.

كافيا لمراجعة العقد، عند توافر الشروط الأخرى. ولذلك، لا يمكننا القول بأن مرور ثلاثة قرون كان كافيا لمراجعة العقد، وإنما نقول أن ماترتب على مرور هذه القرون الثلاثة من إنخفاض فى قيمة النقود هو الذى كان كافيا لمراجعة شروط العقد، وعليه، فإن مرور هذه القرون الثلاثة لو لم يؤدى إلى إنخفاض قيمة النقود لما أجابت محكمة إستئناف باريس الطالب إلى طلبه.

وصفوة القول، أن شرط الإستثنائية يجب أن ينصب على تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، ليوصف هذا التغير بأنه تغير إستثنائى، أى غير مألوف طبقا للمجرى العادى للأمور. على أن قياس هذا التغير، مقارنة بالمجرى العادى للأمور، يكون فى لحظة إبرام العقد. فقد يكون هذا المجرى هو الظرف الإستثنائى ويكون التغير هو عودة الأمور إلى ماكانت عليه قبل أن يمثل الظرف الإستثنائى أو التغير المجرى العادى للأمور. ولذلك فإن العقود التى تبرم فى حالة حرب، ويترتب على إنتهاء حالة الحرب، هذه، إختلال فى التوازن العقدى، تدخل فى نطاق فكرة التطويع، ويمكن التدخل فيها لعلاج هذا الإختلال.

المطلب الثانى

علاقة شرط الاستثنائية بشرط عدم التوقع

١٦٦ - رأينا أن شرط الإستثنائية يخص التغير الذى يحدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. ورأينا أن التغير الإستثنائى هو التغير النادر الوقوع بدرجة تخرجه عن حدود المألوف. ولذلك يربط الفقه بين عدد مرات حدوث التغير وبين وصفه بالإستثنائية. فكلما قل عدد مرات حدوث التغير كلما أمكن وصفه بالإستثنائية، لأنه، عندئذ، يكون غير مألوف. أما إذا زاد عدد مرات حدوث التغير فإنه يدخل فى حدود المألوف ويفقد، بالتالى، وصف الإستثنائية.

ومن هذا المنطلق يربط الفقه بين شرط الإستثنائية وشرط عدم التوقع، باعتبار أن الأخير يقوم أيضا، على عدد مرات حدوث التغير. فكلما قل عدد مرات حدوث التغير كلما كان التغير غير متوقع، أما إذا زاد عدد مرات حدوثه فإنه يصبح مألوفا ومتوقعا(١).

وبناء على هذا الإرتباط المنطقى بين شرط الإستثنائية وشرط عدم التوقع ذهب بعض الفقهاء إلى أن شرط عدم التوقع يغنى عن شرط الإستثنائية، باعتبار أن التغير غير المتوقع لابد وأن يكون استثنائيا، وأن كان العكس غير صحيح، أى أن التغير الإستثنائى قد يكون متوقعا، وقد يكون غير متوقع(٢).

---

(١) الأستاذ زكى سعيد البدرمانى - ثورة ٢٣ يوليو ونظرية الظروف الطارئة - سالف الإشارة - ص ٨٤٩.
الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الالتزم العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٣٤، ٢٣٥.

(٢) الدكتور عبدالحى حجازى - النظرية العامة للإلتزام - المرجع السابق - بند ٣٦٩ - ص ٥٨٥.

والحق أن مايقول به هؤلاء الفقهاء من إندماج الإستثنائية فى عدم التوقع، واعتبار أن الشرط الأخير يغنى عن شرط الإستثنائية، يتفق مع نظرة هؤلاء لشرط عدم التوقع. فهؤلاء الفقهاء يذهبون، كما رأينا، إلى أن عدم التوقع يجب أن ينصب على التغير الذى قاد إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب. فهم يقولون أن المتعاقدين يجب ألا يكونا قد توقعا حدوث تغير، فى المستقبل، يهدم التوازن العقدى، ويخل بمقتضيات العدالة.

لكننا رأينا، أن شرط عدم التوقع ينصب على الآثار أو النتائج التى تترتب على التغير، لا على التغير فى ذاته. فكما قلنا قد يكون التغير متوقعا ولكن يقود إلى نتائج غير متوقعة، ومن ثم، لايوجد مايمنع من إعمال فكرة التطويع. وقد يكون التغير فى ذاته غير متوقع، ولكن ما يفضى إليه من نتائج لاتخرج عن حدود المألوف، ولايكون، هناك، محل لإعمال فكرة التطويع.

وإذا كان الأمر كذلك، وكان شرط الإستثنائية يتعلق بالتغير فى ذاته فإنه لا مجال، عندنا، للخلط السابق بين شرط الإستثنائية وشرط عدم التوقع، ويظل لكل مجاله الخاص به: الإستثنائية شرط مطلوب فى التغير، بمعنى أنه يجب أن يكون هناك تغير استثنائى فى الظروف التى أبرم العقد فى ظلها، فى حين أن عدم التوقع شرط مطلوب فى النتائج أو الآثار التى تترتب على هذا التغير الإستثنائى، بمعنى أنه يجب أن يكون هذا التغير الإستثنائى فى الظروف قد أفضى إلى نتائج غير متوقعة.

المبحث الثالث

شرط عمومية التغير

١٦٧ - تعرض الفقهاء، عند دراسة بعض تطبيقات فكرة التطويع، إلى الكلام عن شرط عمومية التغيير، وإن كان الفقهاء لم يجمعوا على تحديد المقصود بهذا الشرط. وهذا يتطلب منا أن نبين المقصود بشرط عمومية التغير فى نظر الفقه.

لكن إذا كان الغرض من فكرة التطويع هو تحقيق العدالة التعاقدية، فإن السؤال يثور حول تعارض أو توافق هذا الشرط مع هدف تلك الفكرة، وهو ما يوجب علينا أن نبحث فى جدوى شرط عمومية التغير.

لذلك، نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول : شرط عمومية التغير عند الفقهاء.

المطلب الثانى : جدوى شرط عمومية التغير.

المطلب الأول

شرط عمومية التغير عند الفقهاء

١٦٨ - تمثل فكرة التطويع خروجا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أى على المبدأ الذى حاز على قدسية كبيرة فى نظر الفقه القائم على مبدأ سلطان الإرادة. ولذلك حاول بعض الفقهاء الحد من إعمال فكرة التطويع بكل الوسائل، إستنادا إلى المحافظة على استقرار المعاملات العقدية بين الأفراد، لأن هذا الإستقرار هو الذى يؤدى إلى السلام الإجتماعى فى المجتمع. ومن هنا، لم يكتف هؤلاء الفقهاء بما يتطلب فى التغير من شرط عدم التوقع وشرط الإستثنائية، وإنما تطلبوا بالإضافة إلى ذلك، أن يكون التغير عاما، بمعنى ألا تكون هذه التغيرات «خاصة بالمدين، بل شاملة لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأراضى، أو غارة غير منتظرة للجراد، أو إنتشار وباء»(١)، أو «كحرب أو زلزال أو وباء أو فرض تسعيرة جبرية أو الغائها أو إستيلاء إدارى أو فيضان عال إلى درجة يندر وقوعها أو ارتفاع فى الأسعار إلى حد كبير أو غارة لأسراب هائلة من الجراد تزيد على القدر المألوف بدرجة كبيرة»(٢).

وبهذا الشرط تخرج من مجال فكرة التطويع الحوادث التى تؤدى إلى تغير فى وضعية المدين، دون أن تمتد إلى غيره «كإفلاسه أو موته أو حريق متجره أو غرق زراعته»(٣)، أو موت ولد له كان يعاونه فى تنفيذ التزاماته،

---

(١) كما تقول الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى فى تعليقها على الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ - الجزء الثانى - ص ٢٨٢.

(٢) الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - أثر العوامل الإقتصادية والإجتماعية فى العقد - مجلة القانون والعلوم السياسية - الحلقة الدراسية الثالثة (بغداد - يناير ١٩٦٩) - جـ ٢ - بند ٩ - ص ٥٦.

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - جـ ١ - المرجع السابق - بند ١٧٤ - ص ٢١٧.

أو إضطراب أحواله، أو إصابة محصوله بآفة بلغت حدا غير مألوف، متى كان ذلك مقتصرا على محصوله(١).

ويجد شرط عمومية التغير تبريره فى أن فكرة التطويع تمثل استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولذلك يجب الحد من مجال إعمالها ما أمكن، بإعتبار أنها تؤدى إلى هدم استقرار الروابط العقدية وزعزعة الثقة فى التعامل بين الناس. وشرط العمومية يحقق هذه الغاية، بقصره فكرة التطويع على التغيرات العامة، دون التغيرات الخاصة بمدين معين بالذات. فالمدين الذى تصيبه بعض التغيرات. دون سواه، يجب أن يتحمل نتائج هذه التغيرات باعتبار أن الأقدار قد إختارته هو ليتحمل آثارها. كذلك يبرر شرط العمومية بأن التغيرات العامة هى التى تمثل ظاهرة ملموسة يمكن التحقق منها وضبطها، بعكس التغيرات الخاصة بمدين معين بالذات. فيصعب التحقق من صحة إدعاء هذا المدين بحدوثها. فانتشار غارة من الجراد على كافة المزروعات أو معظمها، أو إنفجار مفاعل نووى(٢) ومايترتب عليه من عدم صلاحية منتجات الأراضى الزراعية القريبة منه، أمر يبدو لكل متبصر بأمور الحياة، بعكس اضطراب أحوال المدعى، الذى قد يكون مجرد إدعاء غير حقيقى منه، يصعب التحقق من صحته. هذا، إضافة إلى أن الظواهر العامة يجب إعمال حكمها، باعتبار أن الأحكام القانونية تبنى على الغالب الأعم، على عكس الخاص الذى يهمل، عند وضع الأحكام.

لكن إذا كان الفقه الغالب يجمع على إشتراط عمومية التغير، إلا أن

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترامنتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٣٨.

(٢) فلا يخفى على العيان ما أصاب مزروعات وحيوانات المنطقة المحيطة بمفاعل تشرنوبيل فى الإتحاد السوفييتى والذى انفجر فى أواخر ابريل عام ١٩٨٦، نتيجة لما انطلق منه من كميات ضخمة من نظائر السيزيوم ١٣٧ و اليود ١٣١. الدكتور محمود بركات - حماية البيئة والإستخدامات السلمية للطاقة النووية - بحث مقدم للمؤتمر العلمى الأول للقانونيين المصريين - فبراير ١٩٩٢ - ص ٢٢.

عدم الإتفاق سرعان مايظهر عند تحديد المقصود بالعمومية، فى هذا المجال، فعمومية التغير قد تنصرف - كما يقول البعض - إلى الناحية الشخصية، وقد تنصرف إلى الناحية الموضوعية، وقد تجمع بين الناحيتين فى نفس الوقت(١).

والفقه منقسم بين هذه الإتجاهات الثلاثة. فهناك جانب من الفقهاء يذهب إلى أن العمومية تعنى أن التغير يجب أن يكون شاملا لطائفة من الناس(٢). فهؤلاء ينظرون الى التغير من الناحية الشخصية. لكن يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى القول بأن التغير يجب أن يصيب رقعة مكانية واسعة(٣)، بمعنى أنهم ينظرون الى العمومية نظرة إقليمية. لكن الغالبية العظمى من الفقهاء تذهب إلى أن العمومية يجب أن ينظر إليها من الناحية الشخصية ومن الناحية الإقليمية فى نفس الوقت. فـ «المقصود بالعموم هو ألا يكون الحادث الإستثنائى خاصا بالمدين، ولايشترط فيه أن يعم جميع البلاد، بل يكفى أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس، كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم، كالزراع فى جهة من الجهات، أو منتجى سلعة بذاتها أو المتجرين فيها»(٤).

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٣١٣.

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - جـ ١ - سالف الذكر - المرجع السابق - بند ١٧٤ - ص ٣١٧.
وكذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - جـ ٢ - ص ٢٨٢، اذ تذهب إلى أن «الحوادث الاستثنائية ينبغى الا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس».

(٣) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى - نظرية العقد والارادة المنفردة - المرجع السابق - بند ٢٧٦ - ص ٥٤٨: فهو يذهب إلى أن «الحريق الذى يلتهم مدينة، مثلا، أو حيا منها» يعتبر ظرفا عاما.

(٤) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٣٨.
الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد - المرجع السابق - بند ٢٧٠ - ص ٣٤١.

المطلب الثانى

تعارض شرط العمومية مع هدف فكرة التطويع

١٦٩ - يعبر جانب من الفقه عن عدم رضائه عما يشترطه الفقه الغالب. والقضاء، والتشريع فى بعض تطبيقات فكرة التطويع، من ضرورة أن يكون التغير الذى يصيب الظروف التى أبرم العقد فى ظلها، تغيرا عاما. ويستندون فى ذلك إلى تعارض هذا الشرط مع هدف فكرة التطويع، الذى يتمثل فى تحقيق العدالة فى الأداءات التعاقدية. وتحقيق العدالة فى إداءات الطرفين يستوجب رفع الظلم الذى يحيق بأحد الطرفين نتيجة التغير، بغض النظر عما إذا كان هو الوحيد المتضرر من التغير أو أن هناك آخرين تضرروا منه.

فهؤلاء الفقهاء يرون أن مثل هذا الشرط يتعارض مع الغاية التى يتقرر من أجلها تبنى فكرة مراجعة العقد، وهى «تحقيق مبدأ العدالة الذى يقضى برفع الإرهاق عن المدين. فهى، إذن، خاصة بالمدين المرهق. فإذا تقيد الحادث الإستثنائى بشرط العموم، امتنع تحقيق العدالة فى حالات كثيرة، قد لايكون الحادث الإستثنائى فيها عاما»(١)، فـ «واقع الحال ينبىء بأن شرط العمومية هو شرط مصطنع لاتمليه طبيعة الظروف الطارئة. فهذا الشرط غير منطقى وهو أيضا غير عادل. فإما أنه غير منطقى فلأنه يقيس الأثر الجزئى بمثقال الأثر الكلى، أو يزن الأثر على الجزء بميزان الأثر على الكل. فما يصيب المتعاقد من أثر الظرف يجب أن يقدر بقدره، لا أن يقدر بقدر الاثار البعيدة عنه، والتى مهما تعاظمت أو تضاءلت لن تزيد أو تنقص عنه ...... وإما أن هذا الشرط غير عادل، فلأنه يحرم المدين المرهق من ميزة الإلتجاء إلى تطبيق النظرية للتخفيف من إرهاقه، لا بسبب سوى أن هذا

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٣٨.

الإرهاق لم يحق بغيره، كما أن العدالة، وهى أساس النظرية، تقتضى أن يحصر إطار التطبيق فى حدود العلاقة العقدية المتأثرة بالظروف الطارئة، وبغض النظر عما عداها من العلاقات». فشرط «العمومية إذن تزيد لافائدة منه، ويغنى عنه أن يكون أثر الظرف الطارىء إستثنائيا غير متوقع ولا سبيل إلى دفعه أو تحاشيه، وليس من فعل أو تقصير أى من المتعاقدين، ومرهقا بما يجاوز حدود السعة»(١).

وهذا التعارض الواضح بين شرط عمومية التغير فى ظروف ابرام العقد وبين تحقيق العدالة، دفع البعض إلى تفسير النصوص التشريعية، التى إقتضت شرط العمومية، فى خصوص بعض تطبيقات فكرة التطويع، كنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى، تفسيرا ضيقا للحد من آثاره السيئة على العدالة. فـ «المقصود بالعموم هو ألا يكون الحادث الإستثنائى خاصا بالمدين، ولايشترط فيه أن يعم جميع البلاد، بل يكفى أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس، كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم، كالزراع فى جهة من الجهات أو منتجى سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها(٢).

والحق، أن شرط العمومية هذا، لايجد له مبررا إلا من الناحية التاريخية: فلقد ساد مبدأ سلطان الإرادة لفترة طويلة فى الأذهان، مع مايترتب عليه من تحريم التدخل فى أى رابطة تنشأ بالإرادة السليمة، عن رضا وطواعية. لكن النتائج السيئة التى قاد إليها هذا المبدأ هى التى دفعت إلى البحث عن سبيل إلى التقييد من غلواءه سواء على المستوى التشريعى أو على

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٣٨.

(٢) وفى ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - جـ ٢ - ص ٢٨٠، ٢٨١ - فى شأن الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ التى أوردت حكم نظرية الظروف الطارئة والتى تعتبر إحدى تطبيقات فكرة التطويع «إذا كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة، فهى تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضى. بيد أن المشرع قد جهد فى أن يكفل لها نصيبا من الإستقرار، فأضفى عيها صبغة مادية، يتجلى أثرها فى تحديد الطارىء غير المتوقع».

المستوى الفقهى. لكن ماكان لأى من هذه المحاولات أن تتبنى فكرة تهدم هذا المبدأ بصفة مطلقة، بل ماكان لها إلا أن تتعامل معه بحذر شديد، أى أن تورد عليه بعض الملطفات، ولكن على إستحياء ملحوظ. ولذلك، فإنه كلما حاول المشرع وضع قيد على مبدأ سلطان الإرادة، ضيق من نطاق هذا القيد بوضع الشروط التى تجعل مثل هذا القيد معمولا به فى نطاق محصور جدا. وجارى الشراح والمحاكم هذا الإتجاه، لصعوبة التخلص من التقديس الراسخ فى أذهانهم لمبدأ سلطان الإرادة. من هنا كان شرط العمومية، باعتباره أهم قيد يحقق الهدف المنشود. فهو يقصر نطاق فكرة التطويع على التغيرات العامة، ويخرج من هذا النطاق التغيرات الخاصة بمدين معين بالذات، ويرجع حكمها للمبدأ الأصلى: مبدأ سلطان الإرادة، حتى ولو كان ذلك على حساب العدالة.

لكن الأمر تغير فى الوقت الحاضر، وأصبح التقييد من مبدأ سلطان الإرادة أمرا مسلما به فى التشريع والفقه والقضاء، لما يؤدى إليه الإعمال المطلق لهذا المبدأ من خروج صارخ، فى بعض الإحيان، على العدالة.

ومن هنا: فإننا نرى أن الأفكار يجب أن تتطور لتلاحق التطور الذى أصاب مبدأ سلطان الإرادة، ويجب أن يكون كل خروج عليه غير مقيد، مادام هدف مثل هذا الخروج هو رفع الظلم الذى يحيق بالمتعاقد، نتيجة للتغير فى الظروف الإقتصادية التى صاحبت ابرام العقد. لذلك، فإننا لا نرى مبررا لتمسك بعض الفقه والقضاة بشرط عمومية التغير كشرط من شروط تطبيق فكرة التطويع، إلا فى حدود التطبيقات التشريعية التى قيد المشرع، فيها، إعمال فكرة مراجعة العقد لتطويعه بمثل هذا الشرط. أما خارج حدود هذه التطبيقات، فيجب أن يكون إعمال فكرة التطويع طليقا من شرط عمومية التغير هذا. بل، وفى التطبيقات التى قيد فيها المشرع إعمال فكرة التطويع بشرط العمومية، فإننا لا نرى، فى وقتنا الحاضر، وبعد أن زالت مخاوف خرق مبدأ سلطان الإرادة، مبررا لعدم مراجعة مثل هذه النصوص التشريعية لرفع شرط عمومية التغير منها، إستجابة لمقتضيات العدالة.

وعلى كل حال، فإن بقاء هذه التشريعات لا يمنع من محاولة تفسيرها تفسيرا ضيقا من أجل الحد من إعمال شرط العمومية الوارد فيها، إلى أقصى مدى ممكن، حتى يتاح لفكرة التطويع أن تلعب الدور اللائق بها فى تحقيق العدالة فى الأداءات العقدية(١).

يؤيد هذا الذى نقول به أن المشرع نفسه خرج، فى خصوص بعض تطبيقات فكرة التطويع، على شرط عمومية التغيير. ففى نظرة الميسرة، مثلا، لم يتطلب المشرع المصرى ولا المشرع الفرنسى، عمومية التغير فى ظروف ابرام الرابطة العقدية، وإنما اكتفى كل منهما بالحالة الخاصة بالمدين، طالب نظرة الميسرة. أى اكتفى كل من التشريعين بكون هذا المدين فى ضائقة مالية يغلب عليها طابع التأقيت، ليمنح نظرة الميسرة. فمن يتأمل نص المادة ٢/٢٥٥ من القانون المدنى المصرى، التى تقضى بأنه «يجوز للقاضى أن يحكم بناء على طلب المدين، وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة. كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا»، ونص المادة ١٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى، بعد تعديلها بموجب القانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ بأنه «مع أخذ حالة المدين فى الإعتبار وبالنظر إلى مصالح الدائن يستطيع القاضى أن يؤجل أو يقسط دفع الديون المستحقة، على أن يكون ذلك فى حدود سنتين»، يتبين له بجلاء أن نظرة الميسرة كواحدة من تطبيقات فكرة التطويع، تفلت من شرط عمومية التغيير فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، وتكتفى بأن تتغير ظروف المدين المتعاقد فقط. ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه مما يدخل فى سلطة القاضى المطلقة تحديد الظروف التى يمنح المدين بمقتضاها، نظرة الميسرة(٢).

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٣٨.

(2) Req,. 8 Nov. 1892, D.P. 1893, 1, 33.
Cass. Civ. (sect. sax.), 12, Avir. 1958, Somm. 110.

١٧٠ - وإذا رجعنا إلى الفقهاء المسلمين، وإلى ما أوردوه من نظريات تعالج مشكلة تغير الظروف، كنظرية العذر، ونظرية تغير قيمة النقود، فى الفقه الحنفى، وكنظرية الجوائح، فى الفقه المالكى[١]، يتبين لنا أن الفقهاء المسلمين يغفلون شرط عمومية التغير ويكتفون بحدوث تغير فى ظروف إبرام العقد، بغض النظر عما إذا كان هذا التغير عاما أم خاصا. فهو، فى الحالتين، يحدث أثره، ويسمح بمراجعة الرابطة العقدية لتطويرها كى تتلاءم معه.

ولذلك، يعتبر عذرا، عند الأحناف، موت مستأجر الدابة فى الطريق، ويبرر، بالتالى، إنقاص الأجرة بقدر ماتبقى من الطريق[٢]. وإذا ترتب على تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها انخفاض أو ارتفاع فى قيمة النقود، فإن محمدا وأبا يوسف، صاحبا أبى حنيفة، يريان أن المدين يجب عليه رد قيمة النقود بالذهب، على خلاف بينهما فى خصوص وقت تقدير قيمة النقود. فمحمد يرى وجوب تقدير قيمة النقود يوم إختلال قيمتها، فى حين يرى أبو يوسف أن التقدير يجب أن يكون بحسب قيمة النقود وقت ابرام العقد[٣]. وعند المالكية، يعتبر جائحة نزول آفة بالثمار المبيعة، الأمر الذى يؤدى إلى ضرورة مراجعة العقد[٤]، يستوى فى ذلك أن تكون هذه الجائحة عامة تصيب الثمار المبيعة وغيرها من الثمار، أو أن تكون خاصة تصيب الثمار محل عقد البيع المطلوب مراجعته فقط.

---

(١) وهى النظريات التى تدخل تحت نظرية الضرورة التى تعتبر الوعاء الذى يشمل هذه النظريات وغيرها من الحلول التى قال بها الفقهاء المسلمون لعلاج مشكلة تغير الظروف التى ابرم العقد فى ظلها.

(٢) الفتاوى الهندية - الجزء الرابع - ص ٤٤٦.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين - جـ ٢ - رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود - ص ٦٢، وإن كان ابو حنيفة نفسه يرى وجوب رد المبلغ المدين به كما هو دون تأثر بتغير الظروف - راجع المادة ١٣٤ من القانون المدنى المصرى التى تأخذ بنفس ماذهب إليه أبو حنيفة.

(٤) المدونة الكبرى للإمام مالك - الجزء الرابع - كتاب الجوائح - طبعة عام ١٣٩٨ هجرية (١٩٨٧ ميلادية) - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ص ١٧، ١٨.

الفصل الثالث

ضابط الأثر المترتب على التغير

١٧١ - يعد ضابط الأثر الناشيء عن التغير من أهم ضوابط فكرة التطويع. فلا قيمة للشروط سالفة الذكر - فى شأن موضوعنا - مالم يترتب على إجتماعها تأثير ما فى الإلتزام العقدى، حيث تقضى قواعد العدالة ومقتضيات الإنصاف بضرورة أخذه فى الإعتبار ومراجعة العقد لهذا السبب.

تدرج الأثر المترتب على التغير :-

لا يأخذ الأثر الذى يترتب على التغير فى الظروف التى أبرم العقد فى ظلها صورة واحدة، بل أنه قد يتدرج من الإستحالة فى تنفيذ الإلتزام العقدى إلى الإرهاق فى هذا التنفيذ، وإن كان معيار التمييز بين الإستحالة والإرهاق يثير العديد من الصعوبات، سواء من الناحية النظرية، أو من الناحية العملية. فعلى سبيل المثال، قد تعترض الإلتزام بمعالجة مريض نفسيا فى خلال فترة زمنية محددة عراقيل متدرجة، بعد إبرام العقد: فقد يموت المريض فيصبح التزام المعالج مستحيلا إستحالة مطلقة، وهى استحالة تتميز بتساوى الكافة أمامها، مهما اختلفت إمكانياتهم، فلا يوجد من الأفراد ما يمكنه، بأى حال، علاج مريض فارق الحياة. وقد لايموت المريض، ولكن يثبت أن المتعهد بالمعالجة لا يمتهن الطب النفسى، وإنما هو إنسان ساذج، فيكون تنفيذ الإلتزام، بالنسبة له، مستحيلا، ولكن استحالة نسبية لاتمتد إلى الكافة. فهناك من الأفراد من يمتهن الطب النفسى ويمكنه معالجة المريض. والإستحالة النسبية هذه، على عكس الإستحالة المطلقة، ليست محددة وثابتة، وإنما تختلف بإختلاف قدرة الأفراد المادية والذهنية. وقد لا يموت المريض، ويثبت أن الملتزم بالعلاج يمتهن الطب النفسى، ولكن تشتد حالة المريض سوءا، مما تعجز عنه الأدوات والوسائل والأدوية الكائنة بعيادة الطبيب المعالج، الأمر الذى يقتضيه، حتى يوفى بالتزامه، أن يستورد أجهزة جديدة، غالية الثمن، ومكلفة له تكلفة ترهقة للغاية. وهذا الإرهاق يتدرج، بدوره، بين الإستمرارية والتأقيت.

وفى هذا المثال، يثور التساؤل عن أى من هذه الصعوبات يدخل فى نطاق الإستحالة وأيها يمثل الإرهاق.

لاجدال فى أن الحالة الأولى تدخل تحت مفهوم الإستحالة، وأن الحالة الثالثة تدخل فى مفهوم الإرهاق، ويثور الشك بالنسبة للحالة الثانية: هل تدخل مع الأولى فى الإستحالة أم أنها تدخل مع الحالة الثالثة فى مفهوم الإرهاق؟

تختلف الإجابة على هذا السؤال بحسب تبنى المعيار الموضوعى أو تبنى المعيار الشخصى. فإذا إستندنا إلى المعيار الموضوعى دخلت الحالة الثانية مع الحالة الثالثة، واعتبرت إرهاقا، لأن أثر التغير، طبقا لهذا المعيار، لايعد إستحالة إلا إذا كان تنفيذ الإلتزام مستحيلا «لا بالنسبة لمدين واحد معين، ولكن بالنسبة لجميع المدينين الملتزمين بمحل التزام موحد، أى من نوع واحد، والموجودين، فى نفس المركز، وفى نفس الظروف، وفى نفس الوقت المطلوب تنفيذ الإلتزام فيه، وفى نفس الحالة الإقتصادية، وفى نفس الوسط. وطبقا لهذا المعيار، لايمكن إعتبار تنفيذ الإلتزام مستحيلا بالنسبة لمدين كان من الممكن أن يقوم بتنفيذ نفس هذا الإلتزام مدين آخر»(١). أما إذا استندنا إلى المعيار الشخصى، وجب إدخال الحالة الثانية مع الحالة الأولى فى مفهوم الإستحالة، لأن النظر إلى إمكانية الوفاء بالإلتزام أو إستحالة الوفاء به تكون، من وجهة نظر أصحاب هذا المعيار، بالنظر إلى المدين الملتزم بالتنفيذ، بغض النظر عن غيره من المدينين الذين يوجدون فى ظروف تماثل ظروفه(٢).

لكن أيا من المعيارين لم يسلم من النقد: حيث أخذ على المعيار

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الإشارة - ص ٥٤٧ - فقرة ٠٧

(٢) وقد تبنى القانون الألمانى هذا المعيار حينما نص فى المادة ١/٢٧٥ على أن «المدين يعفى من الالتزام بالتنفيذ. إذا صار الأداء مستحيلا على أثر ظرف لا يد للمدين فيه طرأ بعد نشوء الالتزام»، ثم أضافت الفقرة الثانية النص على أن «يشبه الاستحالة الطارئة بعد نشوء الالتزام عجز المدين الطارىء عن تنفيذ الأداء ...».

الموضوعى أنه يسقط كل الظروف والإعتبارات الذاتية للمتعاقد الملتزم، الأمر الذى يقود إلى ظلم واضح له(١). فـ «ليس من المعقول ولا من العدالة أن نضع معيارا نسوى به بين تاجر صغير يستحيل عليه تنفيذ التزامه، لأن وسائله محدودة، وشركة ضخمة تملك رأسمال كبير ووسائل تجارية غير محدودة. وقد يكون نشاط هذا التاجر محصورا فى سوق محلية أو إقليمية، بينما نشاط الشركة الكبيرة يتعدى نطاق الإقليم أو المنطقة»(٢). وأخذ على المعيار الشخصى أنه «يؤدى إلى تعدد الحلول، لاختلاف الظروف الذاتية من شخص إلى آخر، فما يكون مستحيلا بالنسبة لشخص قد يكون مرهقا بالنسبة لغيره»(٣). أو غير مؤثر بالنسبة لثالث.

لهذه المآخذ وتلك اتجه الفقه إلى معيار وسط بين المعيارين السابقين، وهو معيار الشخص العادى، أو كما يسميه الفقه الفرنسى، معيار رب الأسرة الحريص. وطبقا لهذا المعيار تعد العقبة إستحالة فى التنفيذ إذا عجز الشخص العادى بوسائله العادية عن تنفيذ الإلتزام، فى حين أنها تعد إرهاقا إذا كان الشخص العادى يستطيع بوسائطه العادية تنفيذ الإلتزام بتكلفة عالية، وتعتبر غير مؤثرة إذا كان الشخص العادى يستطيع تنفيذ الإلتزام بدون تكلفة تذكر، أو حتى بتكلفة معقولة، وذلك بغض النظر، فى كل الأحوال، عن حالة المدين الملتزم بالتنفيذ. أى تعتبر العقبة إستحالة، فى الإفتراض الأول ،ولو كان المدين، لظروف خاصة به، قادرا على تنفيذ الإلتزام، فى حين أنها تعتبر، فى الإفتراض الثانى، إرهاقا، ولو كان المدين، لظروف خاصة به، غير قادر على تنفيذ الإلتزام(٤).

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٥٧.

(٢) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - فقرة ٧.

(٣) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - رسالته سالفة الذكر - نفس الموضع السابق.

(٣) أخذت محكمة النقض بالمعيارين الموضوعى والشخصى، فى نفس الوقت، عند بيان توافر الارهاق أو عدم توافره. فهى تأخذ بالمعيار الموضوعى لكن بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها. وفى ذلك تقول أن «توافر الارهاق الذى يهدد بخسارة فادحة أو عدم توافره - ومعياره موضوعى بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها - من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض» نقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤ فى الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٢ القضائية - م نقض م - س ٣٦ - جـ ٢ - ص ١١٧٨ - قاعدة ٢٤٣.

وصفوة القول، إن الأثر الذى يترتب على تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. إن استدعى تطبيق فكرة التطويع، يتخذ إحدى صورتين: الإستحالة أو الإرهاق. وكل صورة من هاتين الصورتين تستوجب منا أن نعرض لها بشىء من التفصيل.

ولذلك، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول : استحالة تنفيذ الإلتزام.

المبحث الثانى : الإرهاق فى تنفيذ الإلتزام.

المبحث الأول

استحالة تنفيذ الإلتزام

١٧٢ - إن الإستحالة كعقبة أو صعوبة تواجه المدين عند تنفيذ الإلتزام، هى الإستحالة اللاحقة على ابرام العقد دون تلك السابقة على إبرامه، إذ أن الإستحالة السابقة على إبرام العقد تؤدى إلى عدم نشوء العقد لتخلف شرط جوهرى من شروط ركن المحل فيه. فالمحل كركن من أركان العقد يجب أن يكون ممكنا. فإن كان المحل مستحيلا فلا ينشأ العقد ولا يكون هناك مجال للكلام عن تطويعه.

فالإستحالة محل هذا المبحث هى إذن الإستحالة اللاحقة على إبرام العقد. بل وفى إطار الإستحالة اللاحقة على إبرام العقد لايشمل كلامنا الإستحالة الناتجة عن فعل أو خطأ المدين، بل يقتصر على الإستحالة التى تنشأ بسبب أجنبى عن المدين، حقا، إن المفهوم اللغوى والمنطقى للإستحالة يعنى عدم القدرة على القيام بالأداء محل الإلتزام، وهو ماتستوى، بالنسبة له، الإستحالة التى تعود إلى فعل أو خطأ المدين مع الإستحالة التى تخرج عن إرادته، إلا أن القانون نظم أحكام الإستحالة الراجعة إلى فعل أو خطأ المدين على نحو لا يقلل من مسئولية هذا الأخير، بعكس الإستحالة الراجعة إلى سبب أجنبى التى نظم أحكامها على نحو مختلف جدا، كما سنرى. ومن هنا، يمكننا أن نقول أن المعنى الإصطلاحى للإستحالة لايشمل سوى الإستحالة التى لاترجع إلى المدين، ويكون هذا المعنى، من ثم، أضيق نطاقا من المعنى اللغوى المنطقى للإستحالة (١).

---

(١) تأخذ محكمة النقض عند تحديدها للإستحالة بالمعنى اللغوى المنطقى، وهو المعنى الأوسع للإستحالة فمحكمتنا العليا تذهب إلى أن «مؤدى النص فى المادة ٥٦٩ من القانون المدنى أنه متى هلكت العين المؤجرة هلاكا كليا أصبح تنفيذ عقد الايجار مستحيلا فينفسخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون، وذلك سواء أكان الهلاك الكلى - وعلى ماورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى - بخطأ المؤجر أو بخطأ المستأجر أو بقوة قاهرة» نقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/٣/١١ فى الطعن رقم ٧٠٥ لسنة ٤٩ ق - مج نقض م - س ٣٦ - جـ ١ - ص ٢٧٥ - ف ٨٢.

هذا، ولما كنا قد إنتهينا إلى أن صعوبات التنفيذ لاتخرج عن أن تكون إستحالة فى التنفيذ أو إرهاقا فيه، فإننا نغض الطرف عن التقسيمات السائدة فى الفقه(١) للإستحالة من استحالة مطلقة واستحالة نسبية، على رأى، واستحالة موضوعية وأخرى شخصية، على رأى آخر، لأن أيا من هذين التقسيمين لا يستند إلى طبيعة الإستحالة، وإنما يقوم على أن الفارق بينهما يرتكن إلى درجة الصعوبة.

لكن هذا لايمنعنا من تبنى تقسيم آخر للإستحالة، يستند إلى طبيعة الإستحالة لا إلى درجتها، وهو تقسيمها إلى إستحالة مادية وإستحالة قانونية وإستحالة إقتصادية.

وقبل أن نعرض لهذه الأنواع الثلاثة من الإستحالة يجب أن نشير، فى إيجاز، إلى ماتتصف به الإستحالة من موضوعية وإطلاق.

الاستحالة الموضوعية والاستحالة المطلقة:

يستعمل جانب من الفقهاء تعبيرى «الإستحالة الموضعية» و «الإستحالة المطلقة» على أنهما مترادفان، وذلك نظرا إلى الأثر المترتب على الإستحالة، وهو أن الأفراد متساوون أمامها، مهما إختلفت إمكانياتهم وقدراتهم(٢). إلا أن النظر إلى طبيعة الإستحالة يقود إلى القول بأن خاصية الموضوعية شىء مختلف عن خاصية الإطلاق، وإن كانت الخاصيتان ضروريتين للإستحالة. فحتى نصف عقبة ما بأنها «إستحالة» لابد وأن يكون هذا الوصف موضوعيا ومطلقا، أى أن يكون متعلقا بالشىء وقائما فى وجه الكافة.

---

(١) تراجع هذه التقسيمات بالتفصيل عند الدكتور عبدالحى حجازى - نظرية الإستحالة - مجلة إدارة قضايا الحكومة - س ٧ - ع ٢ - ص ١٥٧ ومابعدها - الفقرة الثالثة ومابعدها.

(٢) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٥٥.

وعليه، فالإستحالة الموضوعية هى تلك التى تتصل بالأداء محل الإلتزام فى ذاته، أى تتصل بالموضوع، فيكون الموضوع، فى ذاته، غير ممكن، أى مستحيلا، سواء لهلاكه، أو لإخراجه من دائرة التعامل. فالاستحالة تعتبر «موضوعية إذا نشأت من مانع لصيق بالكيان الداخلى لمضمون الأداء، أى من مانع يحول دون تنفيذ الأداء فى ذاته، دون النظر إلى أى عنصر خارجى عن ذلك الأداء» على حد تعبير بعض الفقهاء(١).

وتكون الإستحالة موضوعية، أيضا، ولو اتصل المانع بشخص المدين أو بقدرته الإقتصادية، متى تأثر الأداء محل الإلتزام بهذا المانع. «ولنضرب لذلك مثلا: التزام يكون موضوعه عملا «قيميا» كأن يلتزم شخص بأداء عمل فكرى تكون شخصيته محل إعتبار خاص فى أدائه، بحيث لا يبرىء المدين من التزامه أن يقوم غيره به بدلا منه. ومن هذا المثال يتضح كيف يمكن، فى بعض الأحوال، أن مانعا يتعلق بشخص المدين يكون له أثر فى الآداء ذاته، ومن ثم يجب إعتبار هذا المانع من قبيل الإستحالة الموضوعية»(٢).

فالإستحالة الموضوعية هى، إذن، تلك التى تتصل بالأداء محل الإلتزام، أو تتصل بشخص المدين وتؤثر فى الأداء محل الإلتزام.

أما الإستحالة المطلقة فهى، كما يعرفها بعض الفقهاء «من الوجهة السلبية بإنها امتناع الحدوث، وذلك لوجود مانع لايمكن التغلب عليه»(٣). وعليه، لا يستطيع البشر، مهما أوتوا من قوة أو ذكاء، أن يأتوا بالأداء المستحيل. فالمريض الذى فارق الحياة لايستطيع كل رجال الطب فى العالم أن يواصلوا معه العلاج المتفق عليه مع الطبيب الملتزم بالعلاج قبل الوفاة. والرسام

---

(١) أوستى - مراجعة انتقادية لنظرية الإستحالة - مجلة القانون المدنى ١٩١٨ - ص ٢١٧. نقلا عن الدكتور عبدالحى حجازى نظرية الإستحالة - سابقة الإشارة - فقرة ٦.

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى - نظرية الإستحالة - المقالة سالفة الذكر - فقرة ٧.

(٣) الدكتور عبد الحى حجازى - ذات المرجع السابق - فقرة ٨.

الذى يتعهد برسم لوحة لشخص ما، ويفقد بصره بعد هذا التعهد، لايمكن لأى من رسامى العالم أن يقوم برسم هذه اللوحة، متى كانت شخصية المتعهد محل إعتبار عند التعاقد.

مجمل القول، أن الصعوبة أو العقبة يجب أن تكتسب صفتى الموضوعية والإطلاق حتى تعد إستحالة، على عكس ما يذهب إليه البعض من أن الموضوعية ترادف الإطلاق.

قلنا أن الإستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية أو إقتصادية. ولذلك يجب أن نتعرض إلى هذه الأنواع الثلاثة، كل فى مطلب على النحو الآتى:-

المطلب الأول : الإستحالة المادية.

المطلب الثانى : الإستحالة الإقتصادية.

المطلب الثالث : الإستحالة القانونية.

المطلب الأول

الإستحالة المادية

١٧٣ - تعد الإستحالة المادية من أهم صور الإستحالة، وذلك لسببين: أولهما أنها تعتبر، من الناحية التاريخية، أول ماشد إنتباه رجال القانون إلى ضرورة إعمال حكمها فى العلاقات التعاقدية، وثانيهما أنها مازالت تمثل الصورة الأكثر حدوثا فى الحياة العملية، والأكثر وضوحا فى حكمها.

وقد اكتسبت فكرة الإستحالة المادية أهمية خاصة فى القانون الإنجليزى الذى كان، حتى مستهل النصف الثانى من القرن التاسع عشر، لا يعفى المتعاقد من التزاماته ذات الأصل التعاقدى بسبب تغير ظروف التعاقد، على أساس أن المتعاقد كان بمقدوره أن يحتاط، منذ لحظة إبرام العقد، لمثل هذه التغيرات، بإدراج مايراه من الشروط كفيلا بتأمينه مغبة تغير الظروف. فإن لم يفعل فلا يلومن إلا نفسه(١).

أما فيما بعد عام ١٨٦٣، وخصوصا بعد سابقة «تايلور» و «كالدويل»، تبنى القضاء الإنجليزى نظرية الإستحالة التى تقضى بفسخ العقد إذا ماهلك محله، فيما بعد إنشاء الرابطة العقدية.

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة منصة الملك، فى سابقة باردين وجين والتى تتلخص وقائعها فى أن باردين كان قد أجر أرضه لجين نظير مبلغ محدد من المال. وقبل نهاية فترة الإيجاره استولى مسلحون على الأرض وطردوا المستأجر منها. وعندما طالب المؤجر بأجرة الأرض عن الفترة التى احتلت فيها الأرض من قبل المسلحين رفض المستأجر دفع الأجرة بحجة وجود إستحالة مادية منعته من الإنتفاع بالأرض، لكن محكمة منصة الملك رفضت هذا الدفع وأمرته بسداد الأجرة كاملة غير منقوصة، على أساس أن جين، وقد تعاقد على تحمل الإلتزام مطلقا بدون قيد أو شرط، لا يستطيع أن يدفع بواقعة الإستيلاء القهرى للأرض لإعفائه من التزاماته. الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ٣٢.
أيضا حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٢٤، ١٢٥.
RENE DAVID, Les contrats en droit Anglais, Op. Cit., P. 385, No. 401.

وتتلخص وقائع سابقة «تايلور» و «كالدويل» فى أن الأول كان قد التزم، بموجب عقد، بتسليم صالة رقص للثانى، نظير مبلغ من المال، إلا أنه شب حريق هائل، قبل البدء فى التنفيذ بخمسة أيام، أدى إلى تدمير صالة الرقص تدميرا كاملا، بحيث أصبح تنفيذ العقد مستحيلا على المتعهد. نشب نزاع بين الطرفين حول أحقية تايلور فى المبلغ المتفق عليه، إنتهى بهما إلى ساحات القضاء. قضت محكمة منصة الملك بأن الإلتزام بتنفيذ العقد، بحسب ماهو متفق عليه، مشروط بأن لايكون هناك شرط يقضى بخلاف ذلك. فإذا ماوجد مثل هذا الشرط وجب إعمال حكمه، وأضافت أنه ليس من الضرورى أن يكون مثل هذا الشرط صريحا، بل الأمر يستوى، بالنسبة له، أن يكون صريحا أو أن يكون ضمنيا، وأن مثل هذا الشرط الضمنى يكون مضمرا فى العقد وقاضيا بفسخه، فى كل حالة يصير، فيها، تنفيذ العقد مستحيلا. وانتهت محكمة منصة الملك إلى أن الإستحالة المادية يجب أن يؤخذ حكمها فى الإعتبار(١).

ولاتقتصر الإستحالة المادية على صورة هلاك محل العقد، كما فى حريق المسرح، أو هلاك الدار المؤجرة(٢)، أو نفوق الماشية محل التأجير، أو أكل النهر للأرض محل عقد الإيجار، بل أنها تشمل ما يصيب الملتزم من عجز أو وفاة، تحول بينه وبين تنفيذ الأداء الواقع على عاتقه. ففى قضية تتلخص وقائعها فى أن عقدا كان قد ابرم بين صاحب ملهى وعازفة بيانو محترفة، تعهدت الأخيرة، بمقتضاه، بأن تقدم عزفا مساء يوم ١٨٧١/١/١٤، لقاء مبلغ من المال اتفق عليه بين الطرفين. لكن العازفة أصابها مرض عضال لم تستطع،

---

(1) RENE DAVID, Les contrats en Droit Anglais, Op. Cit., P. 387, No. 402.

الدكتور جعفر عبد السلام - شرط بقاء الشىء على حالته أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٤١٢.

الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٢٦، ١٢٧.

(٢) وفى ذلك تقول محكمة النقض أن هلاك العين هلاكا كليا أو جزئيا يقود إلى استحالة تنفيذ عقد تأجير هذه العين. نقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/٣/١١، سابق الإشارة.

نتيجة له، أن تقوم بالعزف فى الميعاد المحدد، ولما عرض الأمر على محكمة المنازعات المالية، قضت، فى ١٨٧١/٥/٢٦، بأن طبيعة هذا العقد تقتضى تفسيره على أنه مقترن بشرط ضمنى يقضى بضرورة بقاء العازفة متمتعة بكامل قدرتها التى تكفيها لآداء ما أنيط بها من التزام، أى يقضى بعدم تغير الأحوال التى ابرم العقد فى ظلها. فإذا ما تغير الحال بإصابة المتعهدة بمرض عضال، اعتبر ذلك إستحالة مادية تواجه تنفيذ العقد(١).

ويأخذ حكم الإستحالة المادية فى التنفيذ الإستحالة المعنوية «كموت عزيز على المدين يجعل تنفيذ التزامه بالغناء، أو بإجراء جراحة دقيقة مستحيلا عليه معنويا»(٢). بل إن مجرد الخوف من وقوع خطر يهدد سلامة النفس أو البدن قد يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا على المهدد. وهذا هو ما قررته اللجنة القضائية للمجلس المخصوص فى بريطانيا فى سابقة البنك العثمانى ضد «تشاكيريان». فقد تعاقد «تشاكيريان» مع البنك المذكور للعمل لديه (فى أحد فروعه). وأثناء قيامه بمهام وظيفته لدى الفرع صدر إليه أمر المدير العام للمركز الرئيسى بالقيام ببعض المهام فى المركز الرئيسى. لكن المتعاقد شكا للمدير العام بعض تخوفاته من طول البقاء فى المركز الرئيسى بالقسطنطينية، خاصة وأنه قد سبق واعتقل بواسطة أعوان «أتاتورك» وحكم عليه بالإعدام، إلا أنه استطاع الهرب قبل أن ينفذ فيه حكم الإعدام. لكن المدير العام لم يأخذ تخوفاته مأخذ الجد، مما اضطر المتعاقد إلى العودة هربا إلى الفرع، تاركا المركز الرئيسى. لذلك أصدر المدير العام للمركز الرئيسى للبنك قرارا يعفيه من مهامه. عرض أمر هذا القرار على القضاء الإنجليزى فقرر أن هذا لايجيز حرمان المتعاقد مع البنك من أجره، على أساس أن عدم تنفيذه لإلتزامه بالعمل فى المركز الرئيسى للبنك، كان وليد أستحالة معنوية ناشئة عن خوف المتعاقد

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٤١.

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - فقرة ١٥٧ - ص ١٧٣ .

المبنى على أسباب جدية ومعقولة، على حياته(١).

إذا، تأخذ الإستحالة المادية إما صورة هلاك محل العقد، أو صورة وفاة أحد المتعاقدين أو عجزه ماديا أو معنويا عن أداء التزامه، متى كانت شخصيته محل إعتبار فى أداء هذا الإلتزام، طبقا لما اشترطه العاقدان، أو طبقا لطبيعة الإلتزام، أو طبقا للعرف الجارى.

هذا، ويأخذ حكم الهلاك المادى للشىء، ويعد، بالتالى، صورة من صور الإستحالة المادية، نزع ملكية الشىء للمنفعة العامة، أو الإستيلاء القانونى عليه. وتطبيقا لذلك قضى بأن «نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة يعد هلاكا كليا يترتب عليه انفساخ العقود بقوة القانون»(٢)، كما قضى بأنه يترتب على استيلاء الإصلاح الزراعى على الأطيان موضوع العقد إنفساخ العقد حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب إستحالة نقل الملكية(٢).

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١١٤ - وكذلك ١٤٥.

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٧٤/١١/١٢ فى الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٩ القضائية - مج نقض م - س ٢٥ - ص ١٢١٣ - رقم ٢٠٥.

(٣) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٤/١١/٢١ فى الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٣٩ القضائية - مج نقض م - س ٢٥ - ص ١٢٦٦ - رقم ٢١٥.

المطلب الثانى

الإستحالة الإقتصادية

١٧٤ - أن الإستحالة المادية سالفة الذكر هى الإستحالة بمعناها الحقيقى المنطقى، لأنها هى التى يترتب عليها أن الأداء يصبح غير ممكن التنفيذ. لكن النظام الأنجلوسكسونى عرف نوعا آخر من الإستحالة يسمى باستحالة الهدف FRUSTRATION، ونسميه نحن بالإستحالة الإقتصادية.

ونقطة البداية فى عرض هذا النوع من الإستحالة تتلخص فى أن المتعاقدين يبرمان العقد بقصد تحقيق مجموعة من الأهداف الإقتصادية لكل منهما. وهذه الأهداف تمثل بالنسبة لكل متعاقد أساس دخوله فى العملية التعاقدية. لكن الأهداف التى يتوخاها المتعاقدان من العملية التعاقدية قد يستحيل تحقيقها لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين وغير متوقعة بالنسبة لهما، وذلك على الرغم من أن الأداءات المتولدة عن العقد لازالت ممكنة، فى ذاتها، ولم يلحقها وصف الإستحالة.

وقد تصدى القضاء الإنجليزى للعديد من المنازعات المتعلقة بهذا الفرض، والتى أثيرت فيها فكرة الإستحالة الإقتصادية، وإنتهى فيها إلى المساواة بين الإستحالة المادية وبين مايسمى فى الفقه إستحالة الهدف أو مانطلق عليه نحن الإستحالة الإقتصادية. ففى سابقة «جاكسون» ضد شركة الإتحاد للتأمين، والتى توجز وقائعها فى أن عقد نقل بحرى أبرم(١) بين مالك السفينة «روح الفجر» وبين شخص ناقل على هذه السفينة، بمقتضاه يجب أن تتجه هذه السفينة من ميناء ليفربول إلى ميناء نيويورك لتشحن بكمية من القضبان الحديدية كان مقررا نقلها إلى مدينة سان فرانسسكو.

---

(1) G.H. TREITEL, The law of contract, Op. Cit., P. 583.
P.S. ATIYAH, An Introduction to the law of contract, Op. Cit., P. 206.

(٢) فى شهر نوفمبر من عام ١٨٧١.

وتنفيذا لشروط هذا العقد اقلعت السفينة المذكورة فعلا من ميناء ليفربول، إلا أنها، وهى تواصل رحلتها، إرتطمت بصخور خليج «كارنارفون» وبقيت لاصقة بهذه الصخور إلى أن تم سحبها وإصلاحها بميناء ليفربول. قررت محكمة المنازعات المالية، هناك، أن التراخى فى تنفيذ العقد لفترة زمنية معينة قد يترتب عليه، فى بعض الأحيان، إحباط للمقاصد والأهداف التجارية للمتعاقد، مما يقتضى إعمال فكرة الإستحالة الإقتصادية، على الرغم من أن تنفيذ العقد مازال ممكنا من الناحية المادية(١).

وفى سابقة «نيكول» و «نايت» ضد «أشتون» و «الدردج» وشركائهما، والتى تتلخص وقائعها فى أن عقدا كان قد ابرم بين «اشتون» و «نيكول» ببيع كمية من بذرة القطن وشحنها على سفينة خاصة سميت باسمها. ولكن قبل حلول موعد الشحن جنحت السفينة وأصيبت بخسائر جسيمة جعلتها غير صالحة للقيام بعملية النقل. قررت محكمة منصة الملك أن الإستحالة، فى هذه القضية، تعتبر قائمة(٢)، على الرغم من أن تنفيذ العقد ممكن من الناحية المادية، وأن الأمر يتعلق باستحالة الهدف أو الإستحالة الإقتصادية.

وفى هاتين القضيتين واضح جدا أن العقد لم تواجهه استحالة بالمعنى المادى، إذ لازال ممكن التنفيذ: فى القضية الأولى بنفس السفينة بعد أن أعيد إصلاحها، وفى القضية الثانية عن طريق سفينة أخرى غير السفينة المسماة فى العقد. لكن مقاصد أحد المتعاقدين لايمكن تحقيقها، إذ يستحيل، على الرغم من إصلاح السفينة الأولى، نقل القضبان الحديدية فى المواعيد التى كانت فى ذهن المتعاقد، كما يستحيل، على الرغم من إستنجار سفينة أخرى فى الحالة الثانية،

---

(1) RENE DAVID, Les contrats en Droit Anglais, Op. Cit., P.P. 390, 391, No. 404.

حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٤٧، ١٤٨.

(٢) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٣٩.

نقل بذرة القطن على السفينة المسماة، الأمر الذى أصبح فية كل من المتعاقدين فى مواجهة إستحالة إقتصادية.

على أن أهم القضايا التى يؤرخ بها الفقه لفكرة إستحالة الهدف، أو الإستحالة الإقتصادية، هى القضايا المعروفة، فى المملكة المتحدة البريطانية، بقضايا التتويج(١)، والتى أوجدت مجموعة من السوابق القضائية، هناك، عرفت بإسمها، ولازالت حتى الآن محل نقاش كبير فى الفقه.

فقد كان من المقرر أن يخلف «البيرت أدوارد» والدته الملكة «فيكتوريا» فى عرش بريطانيا عام ١٩٠٢، باسم الملك «إدوارد السابع». فأعدت، كالمعتاد فى مثل هذه المناسبة، مجموعة من المراسم التقليدية، كان من بينها خروج موكب ضخم يصحب الملك الجديد مارا بشارع «بول جول» حتى قصر «وستمنستر» حيث يتم تتويج الملك. كذلك جهز الأسطول البريطانى للقيام باستعراض خاص بهذه المناسبة. وما أن أعلن عن هذه المراسم حتى تسابق المواطنون على إستنجار جميع النوافذ والمطلات الواقعة على جانبى الطريق، بهدف مشاهدة مرور الموكب، كما قام البعض بإستنجار الزوارق والسفن لمشاهدة ذلك العرض البحرى.

لكن شاءت الأقدار أن يصاب الملك أدوارد السابع بمرض خطير مفاجىء قبل الموعد المحدد للقيام بهذه المراسم، مما ترتب عليه إلغاء جميع هذه المراسم والإحتفالات التى كان قد أعلن عنها، الأمر الذى أدى إلى إثارة المنازعات بصدد مصير العقود التى أبرمت بين مستأجرى ومؤجرى النوافذ والمطلات والزوارق والسفن. عرضت هذه المنازعات على القضاء الإنجليزى، فكانت السمة الغالبة على أحكامه الصادرة فيها هى تبنيه، وبوضوح، لفكرة الإستحالة الإقتصادية أو إستحالة الهدف، كنظير مماثل فى الحكم للإستحالة المادية(٢).

---

(١) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٤١٢.

(٢) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٤١٢.

ونستطيع أن نستخلص هذه السمة من سابقة «كريل» ضد «هنرى»، مثلا، والتى تتلخص وقائعها فى أن «هنرى» كان قد تعاقد مع «بول كريل» على شغل جناح فى مسكن الثانى الذى يطل على شارع بول جول، وذلك خلال يومى ٢٦ و ٢٧ من شهر يونيو ١٩٠٢، بغرض مشاهدة الموكب، نظير مبلغ ٧٥ جنيها يدفعها هنرى إلى كريل، منها ٢٥ عند ابرام العقد، ٥٠ جنيها بحلول يوم ٢٤ يونيو. لكن مرض الملك المفاجىء، والذى حال دون تسيير الموكب دفع هنرى إلى رفض دفع مبلغ الخمسين جنيها المتبقية عليه. رفع الأمر إلى القضاء فجاء الحكم الإبتدائى والحكم الإستئنافى الصادر من محكمة منصة الملك فى صالح «هنرى» المستأجر، إستنادا إلى أنه، على الرغم من أن القضية لاتحتوى على أى نوع من الإستحالة المادية، إلا أن الهدف الإقتصادى الذى على أساسه تعاقد هنرى، والمتمثل فى ضرورة أن يرى موكب الملك من المكان المؤجر فى مقابل سداده للمبلغ المتفق عليه، غير ممكن التحقق. أى أن تنفيذ العقد تواجهه استحالة إقتصادية يجب أن يعمل حكمها(١).

كذلك يمكننا أن نلتمس سمة تبنى أحكام القضاء الإنجليزى لفكرة الإستحالة الإقتصادية من سابقة شركة خليج هيرن للقوارب البخارية ضد هيرن، والتى تتلخص وقائعها فى أن هتون كان قد استأجر قاربا بخاريا من شركة خليج هيرن للقوارب البخارية، لينقل عليه بعض المواطنين لمشاهدة إستعراضات الأسطول البحرى بمناسبة تتويج الملك إدوارد السابع. ولما ألغى الإستعراض، لمرض الملك، طالب هتون بإعفائه من الأجرة المتفق عليها، ورفع الأمر إلى القضاء. لكن الحكم الصادر من محكمة منصة الملك رفض إعفاءه من التزامه بدفع الأجرة، على خلاف ماقضى به فى سابقة كريل ضد هنرى. وهذا

- حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٥٦.

(1) RENE DAVID, Les contrats en Droit Anglais, Op, Cit.,P, 492, No. 405.

يبرر بأن الإستعراض ليس هو الهدف الوحيد من عملية الإستنجار، بل، كما ثبت للمحكمة من شروط التعاقد، أن للعملية التعاقدية هدفا آخر يتمثل فى القيام بجولة بحرية لمدة يوم كامل حول الأسطول الحربى البريطانى، وهو مايمكن تحقيقه، حتى مع إلغاء حفل التتويج، أى أن فكرة الإستحالة الإقتصادية غير قائمة فى هذا الفرض(١).

فى هذين الحكمين السابقين، وغيرهما من الأحكام التى صدرت فى قضايا التتويج، لا يمكن القول بأن هناك إستحالة مادية فى تنفيذ الأداءات المتولدة عن العقد، بل إن التنفيذ الحرفى للعقد لازال ممكنا، لكن الذى صار مستحيلا هو تنفيذ العقود وفقا للقصد منها، أى وفقا للأهداف المبتغاة من تنفيذها. وهذه الأهداف تعتبر هى الأساس الإقتصادى لما يدفعه المتعاقد. ومادامت قد استحالت، فإننا نكون فى مواجهة الإستحالة الإقتصادية.

لكن فكرة الإستحالة الإقتصادية، كما عرضنا لها آنفا، لم يتقبلها بعض الفقهاء على النحو السالف. فمن الفقهاء من حاول أن يجعل منها المثيل أو النظير فى القانون الداخلى لفكرة شرط بقاء الشىء على حاله فى القانون الدولى. أى أنه لم يجعل لها استقلالا ذاتيا. ومن الفقهاء من جاوز ذلك إلى حد أنه أنكر هذه الفكرة من أصلها وأخذ على المحاكم الإنجليزية سلوك هذا المسلك.

فمن الجانب الأول من الفقهاء من يقول: «تماثل نظرية استحالة الهدف فى النظام الأنجلوسكسونى نظرية شرط بقاء الشىء على حاله تماما، فى نطاق القانون الدولى»(٢)، فنظرية استحالة الهدف أو الإستحالة الإقتصادية نقلت «من الميدان الداخلى إلى الميدان الدولى بواسطة الفقهاء الأنجلوسكسون، ولها اليوم

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٦١ وأيضا ١٨٢.

(٢) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٤١١.

أثر كبير فى هذا النطاق، وتحظى بانصار عديدين»(١).

ومن الجانب الثانى، من الفقهاء من ينتقدون القضاء الإنجليزى لإنشائه فكرة أستحالة الهدف، أو الإستحالة الإقتصادية، والإستناد إليها فى إعفاء بعض المتعاقدين من الأداءات التى تقع على عاتقهم بموجب عقود أبرموها قبل أن تتغير الظروف. فهؤلاء يرون أن القضاء الإنجليزى، فى بعض الأحكام التى أصدرها بمناسبة منازعات التتويج. خلط بين الباعث الدافع من ناحية وبين الموضوع أو السبب من ناحية أخرى. فمرور الموكب الملكى ليس إلا باعثا دافعا على التعاقد. والباعث، بطبيعته، عنصر خارج عن العقد، ومن ثم، فهو لايبطل العقد إلا إذا كان باعثا غير مشروع. أما إذا استحال تحقق مثل هذا الباعث فإن العقد لايتأثر، «لأن استحالة تحقق الباعث لا تعنى استحالة تنفيذ العقد»(٢).

لكننا لانوافق على أى من الرأيين السابقين:

فالرأى الأول الذى جرد الإستحالة الإقتصادية من ذاتيتها واستقلالها وجعلها المرادف لنظرية شرط بقاء الشىء على حاله، فاته أنه وإن كانت هناك علاقة بين الفكرتين، إلا أنها علاقة جنس بنوع، وبمعنى آخر علاقة خاص بعام. فنظرية شرط بقاء الشىء على حاله تشمل، بالإضافة إلى الإستحالة الإقتصادية، الإستحالة المادية سابقة البيان والإستحالة القانونية، التى سوف نتعرض لها فى المطلب التالى، إضافة إلى نظرية الظروف الطارئة. ولذلك لا نوافق على القول بالتماثل بين الفكرتين، بل إننا نرى أن لكل فكرة مجالها الخاص الذى تعمل فى حدوده.

أما مايقول به الرأى الثانى من خلط القضاء الأنجليزى بين الباعث

---

(١) الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٦٦.

(٢) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ١٥٩، ١٦٠.

الدافع إلى التعاقد من ناحية، وبين المحل والسبب من ناحية أخرى، فى أحكامه المتعلقة ببعض قضايا التتويج، خصوصا، فى سابقة «كريل» ضد «هنرى»، فإننا لا نراه قائما، بل، على العكس من ذلك، كان هذا القضاء واضحا فى القول بالإستحالة الإقتصادية، أو ما أطلق عليه الفقه إستحالة تحقق الهدف، دون أن يتطرق لفكرة الباعث الدافع. صحيح أن فكرة الهدف الإقتصادى من العملية التعاقدية تقترب كثيرا من الباعث الدافع إلى التعاقد لدى المتعاقد، إلا أن ذلك لا يجعل منهما، فى نظرنا، فكرة واحدة، بل يبقيان فكرتين متميزتين، فالباعث الدافع هو مايدور فى نفس المتعاقد من أهداف وطموحات ترتبط بالعملية العقدية، على حين أن الهدف الإقتصادى للعقد هو الغاية القريبة المتوخاة مباشرة من العملية التعاقدية. والقضاء الإنجليزى، حينما قرر فسخ العقد فى سابقة «كريل» ضد «هنرى»، استند إلى إستحالة تحقيق الهدف الإقتصادى للعقد، أى عدم مشاهدة الموكب الملكى من خلال العين المؤجرة لهذا الغرض، ولم يستند إلى إستحالة تحقق الباعث الدافع للعملية العقدية. فالباعث الدافع، هنا، قد يكون استرجاع ذكرى هذه المناسبة، وقد يكون تشجيع أنصار هذا الموكب، أو السخرية منهم، أو حتى إتخاذ هذا المكان كوسيلة تمكنه من القيام بعملية تخريبية أو إنتقامية ضد أحد المارة، أو عملية إرهابية ضد الملك، أو ضد الموكب بكامله.

١٧٥ - هذا، ونجد فى الفقه الإسلامى تطبيقات متعددة لتبنى فكرة الإستحالة الإقتصادية، وجعلها مساوية فى الأثر للإستحالة المادية. فالعذر، فى الفقه الحنفى، قد يتجلى فى زوال الغرض الذى من أجله ابرم المتعاقد العقد، فينفسخ العقد(١). فلو تعاقد شخص مع طبيب على خلع ضرس يؤلمه ثم سكن الألم، أو تعاقد مع طباخ لوليمة العرس ثم ماتت العروس(٢)، أو تعاقد مع مقاول لهدم داره التى يظن أن بها خللا ثم يتبين له أنه ليس فى الدار

(٢،١) الفتاوى الهندية - الجزء الرابع - ص ٤٤٣.

خلل(١)، أو يتبين له أن قرارا بنزع ملكيتها للمصلحة العامة قد صدر، ويجب عليه أن يخليها فورا، أو استأجر على القصاص ثم وقع العفو(٢)، إنفسخ العقد، فى كل هذه الأحوال وأمثالها، على الرغم من أن تنفيذه مازال ممكنا من الناحية المادية. لكن الإستحالة الإقتصادية تقود، عند الفقهاء الأحناف، إلى فسخه تحقيقا للعدالة.

وكذلك الأمر بالنسبة للجانحة، عند المالكية. فالفقهاء المالكيون يقولون بالجانحة إذا كان الضرر الذى أصاب محل العقد قد بلغ ثلثه فصاعدا، وهو مايفسر على أنه إستحالة تحقق الهدف بالنسبة لهذا الثلث. بل إن تفصيل المالكية الكلام فى هذا الموضوع يوضح مدى تمسكهم بضرورة تحقق الهدف من العقد وإلا أصبح طرفاه أمام إستحالة إقتصادية. أو عدم تحقق الهدف، كما يفضل البعض تسميتها.

وتفصيل ذلك أن المالكية يقولون:

أولا : بضرورة النظر إلى الصفقة مفردة، كلما أمكن ذلك. فهم يقولون، فى الأرض التى تتكارى ثلاث سنين أو أربعا، فيزرع الرجل السنة أو السنتين، فيعطش أولها أواخرها أو أوسطها وقد تكاراها أربع سنين كل سنة بمائة دينار، صفقة واحدة، يقولون بتقويم كل سنة بما كانت تساوى عند الناس. فيقسم الكراء على قدر ذلك، ولا ينظر إلى عدد السنين فيقسم الكراء عليها، إن كانت أربع سنين لم يقسم الكراء عليها أربعا، ولكن على قدر الغلاء والرخص، فقد تكون أجرة سنة من الأربعة تساوى أجرة السنتين أو الثلاثة أو أقل من ذلك أو أكثر، بحسب طلب الناس، فيؤخذ ذلك فى الإعتبار(٣).

---

(١) الدكتور خالد عبدالله عيد - أحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى - المرجع السابق - ص ٢٤٣ - رقم ٢٤٨.

(٢) كتاب النوازل - للشيخ عيسى بن على الحسينى العلمى - تحقيق المجلس العلمى بفاس - الجزء الثانى - طبعة ١٩٨٦ - ص ٢٦٣.

(٣) المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس الأصبحى - رواية سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبدالرحمن بن قاسم - الجزء الرابع - طبعة ١٢٩٣هـ (١٩٨٧م)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ص ١٦، ١٧.

كذلك قالوا، فى إيجار الدور بسنة صفقة واحدة، لاينظر لحساب الجانحة الى السنة، وإنما ينظر إلى كل شهر على حدة، بحسب غلاءه ورخصه، إذ أن بعض الشهور من السنة قد تكون أغلى من البعض، كما فى دور مكة المكرمة التى ترتفع أجرتها فى شهور الحج بالمقارنة ببقية شهور السنة(١)، وكما فى الدور الواقعة فى المصايف أو فى المشاتى التى ترتفع أجرتها فى شهور الموسم بالمقارنة ببقية شهور السنة، حتى إن الشهر قد يساوى فى أجرته أجرة الشهرين أو الثلاثة أو أكثر من ذلك أو أقل، من بقية شهور السنة، فيقسم الكراء على الشهور بحسب قيمة كل منها عند الناس، ولايقسم على عدد الشهور، أى لايقسم على اثنى عشر شهرا بالتساوى، إن كان الإيجار لسنة، سكنت بعض شهورها، ثم تهدمت الدار قبل أن تسكن بقية الشهور، كذلك قالوا بنفس الحكم فى بيع المقثأة التى أصابت الجانحة جميع مافيها، ولكنها تنتج فى المستقبل. فقد قال فيها ابن القاسم ينظر إلى هذا البطن الأول الذى أصابته الجانحة، فيعرف كم نبات ثمره، وينظر إلى قيمته، أيضا، فيعرف كم قيمته، على غلائه ورخصه، ثم الذى يليه، وهكذا يقوم بطنا بعد بطن، ويضم بعضه إلى بعض. فإن كان البطن الذى أصابته الجانحة هو ثلث الثمرة التى بيعت اعتبرت الجانحة متوافرة(٢).

ثانيا : يحسب مايوضع عن المشترى بقدر قيمة الجانحة بحسب طلب الناس على السلعة، أو إعراضهم عنها، والتالى، بحسب غلائها أو رخصها، بغض النظر عن قيمة نصيب ما أصابت الجانحة من الثمن عند الشراء. فمن اشترى مقثأة بمائة وخمسين دينارا، تقدر عروتها الأولى بمائة والثانية بستين والثالثة بأربعين(٣)، ثم أتت الجانحة على العروة الأولى، فإن كان قدر نبات ثمرة هذه العروة يبلغ ثلث قدر نبات كل العروات، فصاعدا، كنا فى مواجهة جانحة يعمل حكمها، فيجب خصم ما أصابت من الثمن. ويحسب ذلك على أساس أن

---

(١) المدونة الكبرى - للإمام مالك - ص ١٧.
(٢) المدونة الكبرى - للإمام مالك - ص ١٧.
(٣) ثم تتوقف ولا تغل شيئا بعد العروة الثالثة.

قيمة العروة الأولى مائة دينار، والعروة الثانية ستين دينارا، والثالثة أربعين دينار، أى على أساس أن قيمة المقثأة مائتى دينار، بغض النظر عن الثمن الذى أشترى به المتضرر. فلا يقال أن قيمة المقثأة تحسب على أنها مائة خمسون دنيارا. ثمن الشراء. وحيث أن العروة الأولى التى أصابتها الجائحة تساوى فى قيمتها نصف قيمة المقثأة، وجب تنزيل نصف الثمن، أى وجب إعفاء المشترى من دفع خمسة وسبعين دينارا، إن لم يكن قد دفعها، وأعطاؤه الحق فى استردادها، إن كان قد دفعها(١).

ومما تقدم يتضح لنا كيف أن المالكية، وإن لم يقولوا صراحة بالإستحالة الإقتصادية، إلا أنهم اعملوا حكمها بدقة وعمق، حينما قالوا بتجزئة الصفقة، كلما أمكن ذلك، وخصم قيمة الضرر الناتج عن الجائحة من الثمن، على أن يحسب ذلك الضرر بحسب قيمة محله غلاء ورخصا عند الناس.

---

(١) المدونة الكبرى للامام مالك - ص ١٩، ٢٠.

المطلب الثالث

الإستحالة القانونية

١٧٦ - فى الإستحالة المادية، يرجع عدم إمكانية القيام بالأداء المطلوب إلى طبيعة الأشياء، لذلك قلنا أن هذه الصورة هى التى تمثل الإستحالة بمعناها الحقيقى والمنطقى.

لكن الإستحالة قد لاترجع إلى طبيعة الأشياء، بل ترجع إلى سبب فى القانون(١)، بمعنى أن الإلتزام، إذا نظر اليه من زاوية طبائع الأشياء يكون ممكن الأداء. ولكن إذا نظر إليه من زاوية المنع أو الإباحة القانونية كان غير ممكن التنفيذ. فعلى سبيل المثال، تعهد سيدة بإمداد وكر للدعارة بالعاهرات، لفترة زمنية معينة، يعتبر، بالنظر إلى طبائع الأشياء ممكن التنفيذ، أى ليس مستحيلا إستحالة مادية طبيعية. ولكن هذا الأداء، بالنظر لمخالفته لقواعد الأداب العامة، وللنصوص القانونية الآمرة التى تحرم إقامة علاقات جنسية فى غير رابطة الزواج، يعد مستحيل التنفيذ استحالة قانونية.

وتتأتى الإستحالة القانونية من عدة أوضاع، نمثل لها بإخراج محل الإلتزام العقدى من دائرة التعامل، وبصدور بعض التشريعات التى تحرم بعض العقود بكاملها بعد أن كانت من العقود المباحة، وبصدور قرارات من جهة الإدارة تقيد، من بعض النواحى، العملية التعاقدية، وبصفة عامة، كل تعهد يصير، بصدور تشريع جديد آمر، مخالفا لأحكام هذا التشريع.

أولا: إخراج المحل من دائرة التعامل:-

من اليسير على المشرع أن يخرج سلعة أو خدمة من دائرة التعامل(٢)،

---

(١) الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - الجزء الثالث - المرجع السابق - ص ١٢.

(٢) الدكتور أبواليزيد على المتيت - الحرية التعاقدية والنظام الإقتصادى العام - المحاماة - س ٤١ - ع ٥ - ص ٧١٤.

سواء لإعتبارات سياسية، كمنع تداول سلع بعض الدول الأجنبية المعادية، أو لاعتبارات إجتماعية، كمنع تداول بعض الأدوية والمواد الضارة بالصحة وبالاخلاق، أو لإعتبارات إقتصادية، كمنع تداول بعض المنتجات التى تمثل منافسة لمنتجات وطنية بديلة عنها.

فإذا ما منع المشرع، صراحة، التعاقد بشأن أمر معين، سواء أكان شيئا يراد تقديمه، أو أداء يراد تنفيذه، وأتى المنع بعد التعاقد، فإن محل الإلتزام التعاقدى يصير، بهذا المنع، خارجا عن دائرة التعامل، ويصبح تنفيذ الأداء، بالتالى، مستحيلا إستحالة قانونية(١). وكذلك الأمر فى عقد توريد سلع مستوردة من الخارج، بعد صدور قانون يحظر استيراد مثل هذه السلع، حماية للمنتجات الوطنية المثيلة، أو أخذا بسياسة التقشف، فإن الأداء، وإن لم يصر مستحيلا من الناحية المادية، إلا أنه أصبح مستحيلا من الناحية القانونية.

وعلى ذلك، يصير تنفيذ الإلتزام الناتج عن عقد المزارعة باستغلال الأرض الزراعية فى زراعة الدخان، فى مصر، مستحيلا استحالة قانونية، بعد تحريم زراعة الدخان فى مصر، بموجب الأمر العالى الصادر فى ١٨٩٠/٦/٢٥.

ثانيا : تحريم بعض العقود :

قد يأتى التشريع الجديد محرما بعض العقود، بعد أن كانت مباحة، أو محرما لشرط فيها، بعد أن كان هذا الشرط غير محرم. وفى كلتى الحالتين يصبح تنفيذ الأداء مستحيلا من الناحية القانونية، على الرغم من أنه ممكن من الناحية المادية. فبيع الوفاء الذى كان معمولا به قبل صدور القانون المدنى المصرى الحالى فى مصر، أصبح محرما بمقتضى المادة ٤٦٥ من هذا القانون التى تنص على أنه «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا»، وبالتالى، انقلبت تنفيذ مالم يتم تفنيذه من

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى - مبادىء القانون الإدارى (دراسة مقارنة) - الكتاب الثالث - الطبعة العاشرة - دار النهضة العربية - ص ٢٢٨، ٢٢٩.

أداءات متولدة عن مثل هذه البيوع، والتى تمت قبل نفاذ القانون المدنى الحالى، مستحيلا من الناحية القانونية.

ومن قبيل الشروط التى يأتى تشريع جديد بنصوص تحرمها، الأمر الذى يقود إلى استحالة تنفيذ الأداءات الناتجة عنها إستحالة قانونية، نذكر نص المادة ٤١ من أمر ١٧ أكتوبر ١٩٤٥ فى فرنسا، الخاص بالحالة الزراعية، والذى حرم كل الشروط التى تضع على عاتق الفلاح عبء الترميمات الرئيسية، أو عبء الضرائب(١). فكل تعهد التزم بموجبه فلاح بأداء الضرائب أو بالقيام بالترميمات الجسيمة فى العين المؤجرة، بمقتضى عقد سابق على الأمر السالف الذكر، صار تنفيذه مستحيلا إستحالة قانونية.

ثالثا : تقييد الروابط العقدية بموجب قرارات إدارية :-

أن الإستحالة القانونية لاداء الإلتزام الواقع على عاتق المدين قد تنشأ عن إصدار الإدارة لبعض الإجراءات الهادفة أما لحماية مصلحتها الخاصة أو لحماية مصلحة الأفراد، أيضا. وينقلب كل تعهد نشأ قبل إصدار أو إتخاذ هذه الإجراءات مستحيلا من الناحية القانونية، مادام لايتمشى مع هذه الإجراءات ففى حكم صادر عن محكمة القضاء الإدارى المصرية فى ٤ يناير ١٩٥٩(٢)، ذهبت المحكمة إلى «أن جميع العقود إدارية كانت أو مدنية يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحله ..... ومن ثم، فمتى كانت الحكومة قد تعاقدت مع المدعى على تنفيذ عملية توسيع وتعديل الطريق رقم ٣١٢، فإن مقتضى هذا التعاقد الإدارى أن يقوم المدعى بتنفيذ العقد بأمواله الخاصة وعلى مسئوليته .... وهذا المقتضى لايصدق بالنسبة إلى ماورد فى البند التاسع من جدول الفئات الخاص بالعملية المتعاقد عليها، فيما يتعلق بتوريد

---

(1) JEAN CARBONNIER, Droit Civil, Les obligations, Op. Cit., No. 33, P. 130.

(٢) فى القضية رقم ٣١٩ لسنة ١٠ القضائية - مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى - س ١٢، ١٣ - ص ١٦١ - ق ١٥٢.

وتركيب بوابات حديد طراز «فهمى حنين» متى كانت الحكومة قد اشترت إختراع هذا النوع من البوابات وصار من حقها، دون سواها، تشغيلها لمصالحها المختلفة دون الأفراد .... ويترتب على ماتقدم إعتبار هذا البند من المقاولة مما يتعارض، فى طبيعته، مع جوهر العقد الإدارى، إذ اتضح مما سبق أن محل البند التاسع من جدول الفئات مستحيل على المدعى، وعلى الأفراد كافة، إستحالة مطلقة، الأمر الذى يترتب عليه بطلان هذا البند».

نتبين من هذا الحكم صورة من صور الإستحالة القانونية الناتجة عن الإجراءات أو القرارات الإدارية التى تتخذها جهة الإدارة، على الرغم من أن الإستحالة التى أشار إليها استحالة سابقة على ابرام العقد، وبالتالى، لا تثير فكرة التطويع التى نحن بصددها، ولكنها تقود إلى أن يكون العقد باطلا من الأصل، إلا أن الصورة واحدة فى كلى النوعين من الإستحالة (السابقة على ابرام العقد واللاحقة عليه).

فالإجراء الإدارى الذى إتخذته الدولة بتملكها إختراع بوابات حديد «فهمى حنين» جعل التعهد بتوريد هذا النوع من البوابات، تعهدا مستحيل التنفيذ من الناحية القانونية.

وبالمثل، فإن البحار الذى يجند فى الجيش يستحيل عليه استحالة قانونية تنفيذ الأداء الذى رتبه على عاتقه عقد عمله كبحار(١)، بسبب القرار الإدارى الصادر بتجنيده.

ومن الصور الواضحة للإستحالة القانونية الراجعة إلى إتخاذ بعض الإجراءات الإدارية، صور التعامل فى الصادرات أو الواردات. فإذا ما ابرم عقد توريد يخص سلعة مستوردة أو يخص سلعة صارت، بعد الإجراءات، تخصص

---

(1) RENE DAVID, Les contrats en Droit Anglais, Op. Cit., No. 403 P. 389.

للتصدير فقط، يصبح المتعهد فى عقد التوريد فى وضع إستحالة قانونية، ان صدر من الإدارة قرار أو قانون يمنع الإستيراد، أو يمنع التداول محليا فى السلعة الوطنية، بعد أن جعلها مخصصة للتصدير فقط، أو حتى يقيد مثل هذا التعامل.

عدم تعارض صور الاستحالة القانونية مع مبدأ عدم رجعية القوانين:

فى كل صور الإستحالة القانونية سالفة الذكر يثور التساؤل عن مدى التلاؤم والتوافق بين القول بالإستحالة القانونية والقول بعدم رجعية القوانين. فالفرض أن العقود قد نشأت صحيحة ومتمشية مع القوانين القائمة، أى أنها لم تكن مستحيلة التنفيذ بالنظر إلى القوانين السارية وقت إبرامها. لكن صدر، بعد إبرامها وقبل تنفيذها أو، على الأقل، قبل الإنتهاء من تنفيذها، قانون أو أمر أو إجراء ما من قبل السلطة العامة، صارت، نتيجة له، الأداءات، أو الإلتزامات المتولدة عن هذه العقود غير متلائمة مع هذا القانون أو الأمر أو الإجراء. أو بمعنى آخر، أصبح الأداء العقدى مستحيل التنفيذ، بالنظر إلى القانون أو الأمر أو الإجراء الجديد، فهل يتعارض ذلك مع مبدأ عدم رجعية القوانين؟

من المسلم به أن القانون الجديد لا يكون له، كأصل عام، أثر رجعى، وإنما يطبق على الوقائع التى تنشأ بعد نفاذه، وعلى هذا الأساس، فإن العقود يحكمها القانون السارى وقت انعقادها، ولايكون للقوانين الجديدة أى أثر بالنسبة لها(١). أو كما تقول محكمة النقض الفرنسية: تبقى آثار العقود المبرمة

---

(١) ولخطورة مبدأ عدم رجعية القوانين نجد أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد تضمنت النص عليه: فى المادة ٢٧ من دستور ٢٣، وفى المادة ١٨٦ من دستور ١٩٥٦، وفى المادة ٦٦ من دستور ١٩٥٨، وفى المادة ١٦٣ من دستور ١٩٦٤، وفى المادة ١٨٧ من دستور ١٩٧١ - كذلك نصت على هذا المبدأ المادة الثانية من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن «لايسرى القانون إلا بالنسبة للمستقبل، ولايكون له أثر رجعى». ونصت عليه كذلك المادة الثانية من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى حينما قضت بأنه «ليس للقانون أثر رجعى ولايسرى مفعوله إلا على المستقبل، ولا يلغى إلا بنص قانونى» - الجريدة الرسمية السنة الواحدة والثلاثون رقم ٧٧٩.

قبل القانون الجديد محكومة بالقانون الذى أبرمت فى ظله، حتى ولو كانت هذه الآثار مما يتحقق بعد صدور القانون الجديد(١).

لكن سريان القانون القديم على آثار العقود التى ابرمت فى ظله مقيد بألا يكون القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب، فإن كان القانون الجديد يتضمن أحكاما تخص النظام العام أو الآداب، فإن هذه الأحكام هى التى تسرى على العقود القائمة وقت نفاذه ويقف العمل، فى خصوصها، بأحكام القانون القديم الذى أبرم العقد فى ظله. ويجد هذا الحكم أساسه فى أن «قواعد النظام العام والأداب قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها أو الوقوف فى سبيل سريانها إحتجاجا بحق مكتسب»(٢).

هذا وحيث أن مايدفع المشرع إلى إخراج بعض موضوعات العقود من دائرة التعامل، أو إلى تحريم بعض العقود، أو إلى تقييد بعض الروابط العقدية بضرورة إستيفاء بعض الإجراءت أو غيرها، إنما هو دافع سياسى أو إجتماعى أو إقتصادى يهدف، من ورائه، إلى معالجة ثغرة فى النظام القائم، أو يهدف من ورائه إلى تحقيق خطوة إلى الأمام فى التقدم السياسى أو الإجتماعى أو الإقتصادى، وهو ما يؤدى إلى القول بأن مثل هذه الإجراءت تتعلق بالنظام العام أو بالآداب، وبالتالى، فإنها تحكم المراكز العقدية القائمة وقت نفاذها، حتى ولو كانت قد تمت قبل هذا التاريخ. ولذلك، فإن القول بالإستحالة القانونية

---

(1) Cass. Com. 15 Juni. 1962, G. de P. 1962,2,200.

(٢) الدكتور حسن كيرة - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - فقرة ١٩٠ - ص ٣٤٦.

الدكتور نعمان جمعة - نظرية القانون - المرجع السابق ص ٢٧٣ ومابعدها.

الدكتور ابواليزيد المتيت - الحرية التعاقدية والنظام الإقتصادى العام - سابق الإشارة - ص ٧٢٢ ومابعدها.

jacque CHESTIN, et G. Goubeaux, Droit Civil, introduction Op. Cit., P.P. 283 et 284, No. 478.

لايتعارض مع عدم رجعية القوانين، لأن لهذه الأخيرة، كما رأينا، حدودا تقف عندها، ولا تتعداها. فلا يجوز أن يكون للقانون أثر رجعى، لكن بشرط ألا تتعلق أحكامه بالنظام العام أو الآداب. فإن تعلقت أحكامه بالنظام العام أو بالآداب، سرى فورا على المراكز العقدية القائمة عند نفاذه، حتى ولو كانت قد نشأت فى ظل القانون السابق، كما هو الحال بالنسبة لكافة صور الإستحالة القانونية.

وصفوة القول، إن الإستحالة القانونية هى التى تنشأ عن منع القانون تنفيذ هذا الإلتزام أو ذاك. فتنفيذ عقود التصدير، المخالفة للخطة القومية التى يتعين الإلتزام بالإطار العام لها متى صدر بها قانون، يعد مستحيلا إستحالة قانونية(١). وتأخذ عقود بيع الأراضى الزراعية نفس الحكم، إن ترتب على العقد أن تزيد ملكية المشترى عن الخمسين فدانا المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩(٢).

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٦/١١ فى الطعن رقم ١٠٠٣ لسنة ٤٨ القضائية - مج نقض م - س ٣٥ - ص ١٥٨٧ - ق ٣٠٤.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/٤/٢٨ فى الطعنر قم ٢١٠٦ لسنة ٥١ القضائية - مج نقض م - س ٢٦ - جـ ١ - ص ٦٧٦ - ق ١٤٠.

المبحث الثانى

الإرهاق فى تنفيذ الالتزام

١٧٧ - قلنا أن الأثر الذى يترتب على التغير فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، والذى يعد من مقتضيات فكرة التطويع، إما أن يتخذ صورة إستحالة تنفيذ الآداء الواقع على عاتق المدين، أو أن يتخذ صورة الإرهاق فى تنفيذ هذا الآداء، بمعنى أن التنفيذ مازال ممكنا، ولكنه أصبح مكلفا، بالمقارنة بما كان عليه وقت إبرام العقد.

لكن يلاحظ أن الإرهاق الذى يقود إلى إعمال فكرة التطويع هو الإرهاق اللاحق على إبرام العقد. أما إذا كان الإرهاق معاصرا لإبرام العقد فإننا سنكون أمام نظرية الغبن، التى وردت أحكامها فى المادة ١/١٢٩ من القانون المدنى المصرى(١). التى تنص على أنه «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن

---

(١) هذا إضافة إلى بعض النصوص التى أوردت بعض الأحكام الخاصة ببعض صور الغبن، كالمادة ٤٢٥ الخاصة ببيع عقار مملوك لشخص غير كامل الأهلية، والمادة ٨٤٥ الخاصة بالغبن فى قسمة المال الشائع.

ولم يأخذ القانون المدنى الفرنسى ومن بعده القانونان المغربى والموريتانى بنظرية عامة للغبن، بل إن المادة ١١١٨ من القانون الأول، نصت على أن «الغبن لايعيب الإتفاقات إلا بالنظر إلى بعض العقود أو بالنظر إلى بعض الأشخاص». أى أن القانون المدنى الفرنسى يأخذ فقط ببعض التطبيقات الخاصة للغبن، كالمادة ٨٨٧ الخاصة بالغبن فى القسمة، وكالمادة ١٦٧٤ الخاصة بالغبن فى بيع العقار. ولذلك نجد أن الفقه، هناك، قد ابتدع مايسمى بالغبن اللاحق لعلاج القصور التشريعى المتمثل فى عدم وجود نظرية عامة للغبن فى القانون الفرنسى، من ناحية، وفى عدم تبنى هذا القانون لنظرية الطارىء المفاجىء، من ناحية أخرى.

الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر - الغبن اللاحق وموقف القانون العراقى منه، مجلة العدالة - س ٤ - العدد الأول - ص ٠٦.

وكذلك الدكتور محمد عبدالجواد - الغبن اللاحق والظروف الطارئة فى القانونين الفرنسى والمصرى - مجلة القانون والاقتصاد - س ٣٢ - ع ٢ - ص ١٤٧.

المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضى، بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد». فطبقا لنص هذه المادة يعتبر العقد معيبا بعيب من عيوب الرضا، وعليه، يكون قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المغبون.

والقاضى الذى يعرض عليه أمر التطويع ينتقل - إذا ما ثبت لديه إنتفاء الإستحالة فى التنفيذ - إلى بحث ما إذا كان هذا التنفيذ يرهق المدين أم لا. فإذا كان يرهق المدين طبق فكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية الجديدة. وإن كان التنفيذ لايرهق المدين، رفض طلب التطويع.

لكن السؤال الذى يثور، فى هذا الخصوص، يتعلق بكيفية معرفة القاضى ما إذا كان تنفيذ الإلتزام يرهق المدين أم لايرهقه.

ولقد قدم الفقه مجموعة من المعايير لتحديد درجة الإرهاق، يجب أن نتطرق لها لننتقى الأصلح منها.

وإذا مااتفقنا على معيار للإرهاق يسترشد به القاضى، يجب أن نتفق، أيضا، على الوقت الذى يعتد بالإرهاق فيه.

لكن قبل هذا وذاك، يقتضى الأمر منا أن نعرف الإرهاق.

لذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة التالية:-

المطلب الأول : تعريف الإرهاق.

المطلب الثانى : معيار الإرهاق.

المطلب الثالث : وقت تحقق الإرهاق.

المطلب الأول

تعريف الإرهاق

١٧٨ - لا يمكن لمن يتصفح النصوص التشريعية الخاصة بالإرهاق، فى القانون المقارن، أن يصل، من خلالها، إلى تعريف محدد للإرهاق. وهذا يرجع إلى أن النظم القانونية المعاصرة تختلف فيما بينها فى البواعث التى تدفعها إلى تبنى نظام معين لعلاج الإرهاق، وهو إختلاف يقود، بدوره، إلى إختلاف فى المدى المسموح به لعلاج هذا الإرهاق، فتأتى الصياغات معبرة عن هدف المشرع الوطنى، ومختلفة، غالبا، عن الصياغات المعمول بها فى النظم الأخرى. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المشرع المقارن، غالبا، مايبتعد عن التعاريف تاركا إياها للفقه والقضاء. فالمشرع فى القوانين المقارنة يكتفى بوضع الأحكام بصيغة موجزة. لذلك نجد المادة ٢٦٩ من القانون المدنى البولونى الصادر فى ١٩٣٤ تنص على أنه «إذا اعترضت تنفيذ العقد صعوبات شديدة، أو هدد تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة»(١). فهى تجعل الإرهاق محصورا فى الصعوبات الشديدة فى التنفيذ، وفى الخسارة الفادحة عند التنفيذ. وفى نفس الوقت، نجد المادة ١٤٦٧ من القانون المدنى الإيطالى، المعدل عام ١٩٤٢، تنص على أن يتحقق الإرهاق «إذا أضحى التزام أحد المتعاقدين مرهقا إرهاقا فاحشا ......»(٢). فالمشرع الإيطالى تبنى فكرة الفحش لتحديد الإرهاق. وتبنى

---

(١) يجرى نص هذه المادة على النحو التالى: «إذا اعترضت تنفيذ العقد صعوبات شديدة أو هدد تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يتمكن المتعاقدان من توقعها حين أبرم العقد كالحرب أو الوباء أو تلف المحاصيل بأسرها أو أية كارثة طبيعية أخرى، جاز للمحكمة، بعد أن تستعين بمبادىء حسن النية وتوازن بين مصلحة الطرفين، إذا رأت ضرورة لذلك، أن تعين طريقة تنفيذ العقد، أو مقدار الإلتزام، بل والحكم بفسخ العقد». مقتبس من الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ٣٣، ٣٤.

(٢) يذهب نص هذه المادة إلى أنه «فى العقود المستمرة أو الدورية أو المؤجلة التنفيذ، إذا أضحى التزام أحد المتعاقدين مرهقا إرهاقا فاحشا بسبب حوادث إستثنائية لم يكن توقعها، فلهذا المتعاقد أن يطلب فسخ العقد، ويسقط هذا الطلب إذا تقدم الطرف الآخر بقبول تسوية عادلة وفقا لأحكام المادة ١٤٥٨» مقتبس من الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ٣٤.

القانون المدنى اليونانى فكرة أكثر وضوحا، على الأقل فى ظاهر الأمر، للإرهاق، حينما نص فى المادة ٣٨٨ منه على أن الإرهاق يتمثل فى أن «تصير التزامات أحد الطرفين المتعاقدين مرهقة بحيث تزيد عن الحد المألوف»(١). فهو قد اكتفى بتجاوز المألوف لنكون بصدد إرهاق.

وإذا رجعنا إلى القانون المدنى المصرى، نجد أن المادة ٢/١٤٧ منه، إعترفت بوجود الإرهاق حينما يحدث «أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة»(٢). أى أنه حدد الإرهاق بأنه مايصيب المدين بخسارة فادحة.

هذه هى الصياغات التى وردت فى بعض التشريعات لفكرة الإرهاق، فما هى نظرة الشراح لهذه الصياغات المختلفة؟

---

(١) تنص هذه المادة على أنه «إذا طرأ حادث استثنائى غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ويتفق مع العرف فى المعاملات، وكان من شأنه أن يجعل التزامات أحد الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد عن الحد المألوف، يجوز للمحكمة، بناء على طلب المدين، أن ترد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولها أن تقضى بفسخ العقد كله، أو تفسخ الجزء الذى لم ينفذ منه. فإذا قضت المحكمة بالفسخ انقضت التزامات الطرفين، وعلى كل منهما أن يعيد إلى الآخر ما أداه إليه وفقا للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب». مقتبس من الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ٣٤.

(٢) تنص المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى على أن «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولاتعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون». وتضيف الفقرة الثانية النص على أنه «ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى، تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك».

وقد ورد نفس الحكم فى المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن نظام المرافق العامة التى تدار بطريق الامتياز، والتى تقضى بأنه «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولايد لمانح الإلتزام أو الملتزم فيها وافضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو تعديل كيانه الإقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الإلتزام جاز لمانح الإلتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إستغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى إستغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول».

يذهب بعض الفقهاء إلى أن العبارات التى إستخدمها كل من القانون المصرى والبولونى والإيطالى متفقة من الناحية العملية. فبالرغم «مما يبدو من الإختلاف بين هذه النصوص الثلاثة التى أوردتها هذه القوانين، فيما يتعلق بتحديد شرط الإرهاق بحيث يبدو لنا أن القانون المدنى المصرى قد وضع تعريفا كاملا للإرهاق، بتمييزه بين أثر القوة القاهرة، وهو استحالة تنفيذ الإلتزام، وأثر الظروف الطارئة، وهو صعوبة تنفيذ الإلتزام، بحيث تؤدى هذه الصعوبة إلى أن يتحمل المدين خسارة فادحة لو أجبر على القيام بهذا التنفيذ، بينما لم يتعرض القانون المدنى البولونى لذكر إستحالة التنفيذ» مكتفيا بالنص على أن تنفيذ الإلتزام تعترضه صعوبات شديدة أو يحمل المدين خسارة فادحة إذا ماقام به، واكتفى القانون المدنى الإيطالى بالنص على أن الإلتزام قد أصبح مرهقا، إلا أن النصوص الثلاثة متفقة ولا فارق بينها من الناحية العملية، وذلك لأن التمييز بين أثر القوة القاهرة وأثر الظروف الطارئة واضح تماما من الناحية النظرية، ولكن الصعوبة فى تحديد هذين الأثرين تكمن فى كيفية التمييز بين إستحالة تنفيذ الإلتزام وصعوبته من الناحية العملية»[1].

ويذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن القانون البولونى يخرج، بالحكم الوارد فيه للإرهاق، عن الوارد فى القانونين المصرى والإيطالى، فهو يقوم على الأخذ بمدلولين لفكرة الإرهاق، لا بمدلول واحد، كما فعل القانونان المصرى والإيطالى. فالقانون البولونى يعتبر تنفيذ الإلتزام مرهقا إذا أحيط «بصعوبات شديدة» أو هدد أحد المتعاقدين «بخسارة فادحة». ويدل استخدام حرف العطف «أو» على صحة أخذ هذا القانون بمدلولين مختلفين لفكرة الإرهاق[2]. ولايمكن أن يستخلص من ذلك أن «المشرع البولونى ناقض هذه الصحة اللغوية

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى نظرية الظروف الطارئة - البحث سالف الذكر - فقرة ٥، ويلاحظ أن سيادته لم يدخل القانون اليونانى فى المقارنة، وإنما اكتفى بالمقابلة بين النص العربى والنص البولونى والنص الإيطالى.

(٢) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٣٦٢.

والقانونية بوقوعه فى السهو أو الخطأ عندما استخدم حرف العطف أو بين «الصعوبات الشديدة» و «الخسارة الفادحة». ولكننا نرى، على العكس، أن إرادة المشرع البولونى حينما إتجهت إلى هاتين العبارتين لم تكن تقصد إلى مجرد التلاعب بالألفاظ، وإنما كان مقصودها إجراء تفرقة بين الحالات التى تقترب من معنى القوة القاهرة وتلك التى تقترب من معنى الظروف الطارئة. فكلما كانت هناك «صعوبات شديدة» ألحقت الحالة بحكم القوة القاهرة، وهو فسخ العقد. وكلما كانت هناك «خسارة فادحة» الحقت الحالة بحكم الظروف الطارئة، وهو جواز تعيين طريقة تنفيذ الإلتزام، أو تحديد مقداره»(١).

ولم ينحصر خلاف الفقهاء فيما إذا كانت التشريعات التى تبنت علاجا للإرهاق فى تنفيذ الأداءات التعاقدية متفقة، فيما بينها، فى الأحكام التى وضعتها لهذا العلاج، أم أنها، على العكس مختلفة(٢)، وإنما إمتد هذا الخلاف، أيضا، إلى محاولة وضع تعريف مجرد للإرهاق. فخرج علينا الفقه بعدة تعاريف، كل منها يتفق والزاوية التى نظر منها واضعه للإرهاق.

ونحن، من جانبنا، نرى ضرورة معرفة المدلول اللغوى للإرهاق، أولا، ثم، بعد ذلك، نتطرق لمدلوله الإصطلاحى.

أولا : المدلول اللغوى للإرهاق :-

١٧٩ - جاء فى القاموس المحيط «رهقه» كفرح غشية ولحقه أو دنا منه، سواء أخذه أو لم يأخذه والرهق محركه السفه والخفه وركوب الشر والظلم وغشيان المحارم وإسم من الإرهاق وهو أن تحمل الإنسان على مالا يطيقه والكذب والعجلة رهق كفرح فى الكل وهو يعدو الرهقى كجمزى أى

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٦٢.

(٢) وهو خلاف يقوم، فى نظرنا، لأسباب تاريخية، وأخرى تتعلق بالسياسة الشرعية، التى تتبناها كل دولة، تبعا لما تراه محققا لمصلحتها.

يسرع فى مشيه حتى يرهق طالبه وكأمير الخمر وكصبور الناقة الوساع الجواد التى إذا قدتها رهقتك تطوئك بخفيها .... وأرهقه طغيانا أغشاه إياه والحق ذلك به وعسرا كلفه اياه .... ولاترهقنى لا أرهقك الله لاتعسرنى لاأعسرك الله .....»(١).

وجاء فى مختار الصحاح «أرهق» - «رهقة» غشيه وبابه طرب ومنه قوله تعالى «ولايرهق وجوهم قتر ولا ذلة» وفى الحديث «إذا صلى أحدكم إلى الشىء فليرهقه أى فليغشه» ولايبعد منه ويقال «أرهقه» طغيانا أى أغشاه إياه وأرهقه إثما حتى أرهقه أى حمله إثما حتى حمله وأرهقه عسرا كلفه إياه يقال لاترهقنى لا أرهقك الله أى لاتعسرنى لا أعسرك الله(٢)....

ثانيا : المدلول الإصطلاحى للإرهاق :-

١٨٠ - أن المدلول الإصطلاحى للإرهاق، وإن كان لايتفق مع مدلوله اللغوى، إلا أننا أشرنا إلى المدلول اللغوى لكى نستنير به فى تبنى مدلول إصطلاحى معين.

هذا، ومن يتمعن نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى(٣) يجدها تضع تعريفا إصطلاحيا للإرهاق هو تهديد المدين بالخسارة الفادحة. وإذا كان لايختلف على أن مفهوم الخسارة هو تحمل عبء أو فوات ربح، إلا أن مفهوم الفادح من الخسارة وغير الفادح هو مما لايوجد إتفاق بشأنه، وهو يختلف من مكان إلى آخر، ومن زمان إلى آخر، بحسب إختلاف أعراف الناس، والوضع الإقتصادى العام للبلد. لذلك، ترك أمر تقديره لقاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.

---

(١) القاموس المحيط - الجزء الثالث - الطبعة الثانية - فصل الراء باب القاف - ص ٢٣٩.

(٢) مختار الصحاح - الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية بمصر - باب الراء - ص ٢٨١.

(٣) وكذلك المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن نظام المرافق العامة التى تدار بطريق الإمتياز، سالفة الذكر.

ومن هذا المنطلق نستطيع القول بأن الإرهاق، فى نظر القانون المدنى المصرى، هو تحمل المدين، من جراء تنفيذ الإلتزام، بعبء، أو فوات منفعة عليه، لم تجر العادة على أى منهما، أى أن يكون ذلك خارجا عن حدود المألوف.

أما من يتمعن المادة ١٤٦٧ من القانون الإيطالى، يجدها لم تعرف الإرهاق، كما فعل المشرع المصرى، ولكنها أضفت صفة على هذا الإرهاق بقولها «إرهاقا شديدا»، وهو تعبير لا يخرج، من وجهة نظرنا، عما يصيب المدين بخسارة فادحة. فالإرهاق الشديد هو مايصيب المدين بالخسارة الفادحة، أو بعبارة أخرى، يكون الإرهاق شديدا إذا ماترتب عليه تحمل عبء أو فقد مكسب، يخرج بالمتحمل عن حدود المألوف. ومن هنا يكون المدلول الإصطلاحى للإرهاق فى القانون الإيطالى هو نفسه المدلول الوارد له فى القانون المصرى، مع خلاف، فقط، فى الألفاظ.

وإذا قصرنا النظر على المدلول الثانى، الذى إستخدمته المادة ٢٦٩ من قانون الإلتزامات البولونى، التى عرفت، بمقتضاه، الإرهاق بأنه مايقود إلى إصابة المدين بخسارة فادحة: فوات مكسب أو تحمل بعبء، متى كان ذلك خارجا عن نطاق المألوف، أمكننا القول أن المدلول الإصطلاحى للإرهاق، فى القانون البولونى، يأتى على نفس التحديد الوارد فى القانونين المصرى والإيطالى.

لكن صعوبة القول بذلك، بصفة مطلقة، تأتى من أن القانون البولونى عطف الخسارة الفادحة على الصعوبات الشديدة، أى تأتى من أنه أخذ، كما قلنا، بمدلولين للإرهاق: الصعوبات الشديدة والخسارة الفادحة. وإذا ما سلمنا بما يقول به جانب من الفقهاء من أن المدلولين مترادفان(١)، أو بما يقول به جانب آخر من الفقهاء من أن مدلول الصعوبات الشديدة يقصد به الحالات التى تقترب

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سابق الإشارة - فقرة ٥٠

من القوة القاهرة(١)، وبالتالى، يكون الإرهاق مقصورا على حالة الخسارة الفادحة، أمكننا القول بأن مفهوم الإرهاق فى القانون البولونى لايختلف عن مدلوله فى القانونين المصرى والإيطالى، وهو تحمل المدين بعبء أو فوات ربح عليه، من جراء تنفيذه للإلتزام المتعهد به، شريطة أن يكون ذلك خارجا عن حدود المألوف.

من كل ماتقدم، يمكننا القول بأن المدلول الإصطلاحى للإرهاق، كما ورد فى القانون البولونى والإيطالى والمصرى، هو أن يصاب المدين، من جراء إجباره على تنفيذ التزامه العقدى، بتحمل عبء أو بفوات ربح، لم تجر العادة على أن يتحمل من فى مثله مثل ذلك العبء، أو يفوت عليه مثل هذا الربح، أى أن يكون تحمله بالعبء أو تضحيته بالربح خارج حدود المألوف.

ومن هنا، نستطيع القول بأن المشرع اليونانى كان أكثر توفيقا حينما حدد الإرهاق بأنه مايزيد على حدود المألوف، وإن كانت التشريعات الأخرى لاتقصد بالإرهاق إلا مايزيد على حد المألوف، من تحمل لعبء أو فوات لربح.

وفى ضوء التحديد السابق لمدلول الإرهاق يجب أن تفسر التطبيقات التشريعية الخاصة بعلاج الإرهاق، كتلك التى وردت فى شأن عقد المقاولة، وتلك التى وردت فى شأن عقد التزام المرافق العامة، وغيرهما. فالمادة ٦٥٨ من القانون المدنى المصرى، تنص، فى فقرتها الرابعة، على أنه إذا إنهار التوازن الإقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد». فهى، بذلك، قد حددت الإرهاق بأنه هو ما يؤدى إلى حدوث إنهيار فى التوازن الإقتصادى لإلتزامات المتعاقدين، إنهيارا يقود إلى تداعى

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٦٣.

الأساس الذى قام عليه تقدير الإلتزامات المتبادلة، بشرط أن يتجاوز ذلك مجرد أن يصبح تنفيذ العقد عسيرا، لأنه، كما تقول الفقرة الثالثة من نفس المادة، لايكفى أن يصير التنفيذ عسيرا لنكون بصدد الإرهاق، وفى ضوء التحديد السابق لمدلول الإرهاق، نقول أن إنهيار التوازن الإقتصادى لعقد المقاولة يجب أن يبلغ حدا يجعله يخرج عما ألفه الناس عادة، وإلا فلا يمكن تطبيق فكرة التطويع. وفى عقد التزام المرافق العامة، تنص المادة ٦٧٣، فى فقرتها الثانية، على أنه «ولملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسؤليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق، أو إلى حادث مفاجىء وقع فى هذه الإدارة، دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقصرة أن تتوقع حصوله، أو أن تدرأ نتائجه ...». فلا تثور مشكلة الإرهاق، فى خصوص عقود التزام المرافق العامة، إلا إذا لم يثبت، أولا، أن هذا الإرهاق يعود إلى قوة قاهرة، أو حادث فجائى. وكان ذلك، ثانيا، «يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته». وبذلك يكون هذا النص أكثر وضوحا فى تحديده للإرهاق بأنه مايخرج عن حدود المألوف فى تعامل الناس.

١٨١ - وفى الفقه الإسلامى، إذا كانت «نظرية الضرورة تعبر بصورة أكيدة وشاملة، كما يقول لامبير، عن فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام، فى نظرية الظروف المتغيرة، وفى القضاء الإدارى الفرنسى. فى نظرية الظروف الطارئة»(١). فإنها، كأى من هاتين النظريتين، تعالج الإرهاق الذى يصيب المدين بالتنفيذ، نتيجة لتغير الظروف التى أبرم العقد فى ظلها. ويكون الإرهاق من ضمن موضوعاتها.

لكن يجب ألا يغيب عن الأذهان أن «نظرية الضرورة، بكل قواعدها

---

(1) EDOUARD LAMBERT, Congres International de Droit Compare, Revue (ALQANOUN WAL IQTISAD), 2 eme annee No 1, P.P. 302 et 303.

التى تفرعت عنها، ذات شمول واسع. فهى تسود علاقات الفرد بالمجتمع، وعلاقات الأفراد مع بعضهم بعضا. وبما أن هذه العلاقات تتبدل بتبدل الظروف، بحيث يحصل منها عند التطبيق ضرر غير متوقع عند نشأتها، فإن إزالة الضرر منها لايتأتى إلا بتعديلها»(١). ولقد أشرنا إلى أن من أوضح تطبيقات نظرية الضرورة فى الفقه الإسلامى، نظرية العذر فى الفقه الحنفى، ونظرية الجوائح فى الفقه المالكى والحنبلى، ونظرية تغير قيمة النقود فى مختلف مذاهب الفقه الإسلامى.

وقد عرف الإرهاق، فى نظرية العذر، بأنه «العجز عن المضى على موجب العقد ألا بتحمل ضرر غير مستحق به»(٢). أى أنه الضرر الخارج عن حدود المألوف. لأنه لو كان مألوفا لاعتبر مستحقا بالعقد، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وبالتالى، وجب أن يتحمله المتعاقد الملتزم، ولايعد، عندئذ، إرهاقا.

أما الإرهاق فى نظرية الجوائح، فقد حدده المالكية بأنه التلف الذى يصيب الثلث فأكثر من الثمار أو البقول أو غيرهما. والسبب فى هذه النسبة يرجع إلى أن مايقل عن الثلث فى تلف الثمار أو البقول، بحكم عوامل الطبيعة، يعد معروفا، أو فى حكم المعروف، للمتعاقد، أى أن العادة قد جرت به(٣)، وبالتالى، يظل فى حدود المألوف، وإن مازاد على ذلك، خرج عن حدود المألوف. ومن هنا، يكون الإرهاق، فى منطق نظرية الجوائح، هو الضرر الخارج عن حدود المألوف، كما هو الحال فى نظرية العذر.

وصفوة القول، إن الإرهاق يمكن تعريفه بأنه تحمل المدين، من جراء تنفيذ التزامه التعاقدى، بعبء، أو تفويت منفعة عليه، لم يجر العرف بأى منهما، أى أن يكون ذلك العبء المتحمل أو هذه المنفعة الفائتة فى خارج حدود المألوف بين الناس فى تعاملاتهم. أما إذا كان المعروف بين الناس قد جرى على تحمل مثل ذلك العبء، أو على تفويت مثل هذه المنفعة، كنا خارج مجال الإرهاق، وانتفى، بالتالى، مقتضى تطبيق فكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية المتغيرة.

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ٤١.

(٢) مجمع الأنهر - جـ ٢ - ص ٣٩٩ - تعريفات السيد الجرجانى - كلمة «عذر».

(٣) القرطبى - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ص ١٥٦، ١٥٧.

المطلب الثانى

معيار الارهاق

١٨٢ - على الرغم من أننا انتهينا، فى المطلب السابق، إلى وضع تعريف محدد للإرهاق، إلا أن الفكرة لازالت غير واضحة بالحد الكافى الذى يستند إليه القاضى عند تطبيق فكرة التطويع. وهو عدم وضوح ينحيه جانبا وقوفنا على معيار محدد للإرهاق. وهذا هو ماخصصنا له هذا المطلب.

وبداية نقرر أن مشكلة وضع معيار للإرهاق تفرضها الإجابة على التساؤل عن كيفية وصول القاضى إلى معرفة ما إذا كان تنفيذ الإلتزام صار مرهقا للمدين، بحيث يخوله الحق فى المطالبة بتطبيق فكرة التطويع، أم أن هذا التنفيذ مازال ممكنا بدون إرهاق.

صحيح أن كلا من التشريع اليونانى والبولونى والمصرى حاول وضع معيار يساعد القاضى فى تحديد درجة الإرهاق، حينما نص الأول على أن هذا الإرهاق يجب أن «يزيد على الحد المألوف». ونص كل من التشريعين الأخيرين على أن هذا الإرهاق يجب أن «يهدد المدين بخسارة فادحة» وهو مايعنى أن أداء المدين الملتزم يتجاوز الحد المألوف فى التعامل(١). ولكن على الرغم من ذلك، لا تزال صعوبة وضع معيار للإرهاق قائمة، لأن العبارات التى استخدمتها هذه القوانين، مثل أن تنفيذ الإلتزام «يزيد عن الحد المألوف» أو «يهدد المدين بخسارة فادحة» أو «تعترضه صعوبات شديدة»، لا تقل غموضا عن فكرة الإرهاق نفسها. أضف إلى ذلك، أن «الحالات التى يطلب فيها تطبيق هذه النظرية تغلب عليها الصفة الفردية وتختلف بإختلاف موضوع الإلتزام والظروف التى تم فيها التعاقد والظروف التى تطرأ بعد هذا التعاقد، كما

---

(١) وهو نفس ما انتهينا إليه حتى بالنسبة للتشريع الايطالى، على الرغم من أن هذا الأخير قد استخدم عبارات أخرى مختلفة.

تختلف بإختلاف المدينين الذين يدعون أن تنفيذ إلتزاماتهم قد أصبح مرهقا بالنسبة لمقدرتهم وثروتهم وعقودهم الأخرى»(١).

لكن هذه الصعوبات لم تمنع الفقه من محاولة الإختيار بين المعيارين الموضوعى والشخصى، حيث إنحاز البعض إلى المعيار الموضوعى، على حين إنحاز البعض الآخر إلى المعيار الشخصى، ووقف جانب ثالث موقفا وسطا بين المعيارين الشخصى والموضوعى. ومن هنا يجب علينا أن نتعرض لوجهة نظر كل جانب من هؤلاء.

لكن قبل ذلك، يقتضى الأمر منا أن نشير إلى أن التشريعات المعاصرة لم تحدد مقدارا ثابتا للخسارة، يمكن القول، عند تحققه، أن الإرهاق يعتبر قائما.

أولا : مقدار الخسارة التى تؤدى إلى الإرهاق:-

على خلاف النصوص الخاصة بالتغابن والتى تحدد رقما ثابتا. فيعتبر المتعاقد مغبونا إذا لحقه غبن يساوى الخمس، سواء فى بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية، أو فى عقد القسمة، فى القانون المدنى المصرى، أو لحقه غبن من بيع العقار يجاوز ٧:١٢ من ثمن المثل، أو يجاوز الربع فى عقد القسمة، فى القانون الفرنسى، لم تحدد النصوص الخاصة بالإرهاق رقما ثابتا يعتبر بعده أن المتعاقد قد أصابه إرهاق، بل آثرت النصوص الواردة فى شأن الإرهاق ألا تحدد الخسارة بمقدار معين، واختارت الأسلوب المرن فى تقديرها، لتترك، للقاضى، حرية الحركة فى تقدير الإرهاق، طبقا لكل حالة على حدة.

وعلى الرغم من وجاهة الإعتبارات التى حدت بهذه التشريعات إلى سلوك مثل هذا المسلك، إلا أن ذلك لم يرض جانبا من الفقه الذى راح يتمنى

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الإشارة - رقم ٩.

لو أن مثل هذه التشريعات قد حددت رقما ثابتا للأرهاق، كما فعلت بالنسبة للغبن. وفى ذلك يقول بعض الفقهاء: «ومع أن المشرع قد وضع للأرهاق معيارا ماديا حدده بنطاق العقد، فكان أولى له أن يضع معيارا ماديا يحدد به الخسارة الفادحة التى تؤدى إلى الأرهاق. فيتجنب، بذلك، اضطراب التقدير»(١). وفى نفس الإتجاه غضت محكمة إستئناف القاهرة الطرف عن مسلك المشرع. وحددت هى بنفسها معيارا ثابتا للخسارة التى تؤدى إلى الأرهاق، وذلك فى حكمها الصادر فى العاشر من شهر مايو عام ١٩٦٠، حينما قضت بأن «هبوط قيمة المبيع إلى مايقارب النصف يعتبر خسارة فادحة لأنه يزيد على مايتغابن فيه الناس»(٢). لكن يحتمل أن تكون محكمة إستئناف القاهرة قد قاست مايرهق على مايتغابن الناس فيه، على سبيل الإستئناس. وفى هذه الحالة لايمكن أن يؤخذ على الحكم أى مأخذ، بعكس مالو كانت قد أجرته على سبيل القياس القاطع، وهو مايغلب على الظن، وعندها يكون مسلكها محل نظر، لأنه يمثل تقييدا لنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى، بلا متقضى، وخروجا على مسلك المشرع المقارن.

وعلى عكس مسلك التشريعات الوضعية، حدد الفقهاء المسلمون، كما رأينا، الإرهاق الناتج عن الجائحة بأنه الثلث فأكثر.

وصفوة القول، أن التشريعات المقارنة لم تحدد رقما ثابتا للخسارة التى تؤدى إلى الأرهاق، وتركت الأمر لقاضى الموضوع يقرر، تبعا للظروف، ما إذا كان تنفيذ المدين لإلتزامه العقدى يؤدى إلى أرهاقه أم لا. ويجد هذا المسلك دعامته فى أن فكرة الأرهاق قد تصيب «أنواعا مختلفة من العقود، ولا تقتصر على نوع واحد منها. والخسارة فى كل التزام تتأثر بعوامل قد لا يتأثر بها التزام آخر. فقد تقل الخسارة عما يتغابن فيه الناس، وقد تزيد عنه، تبعا لظروف كل عقد، ومصلحة المتعاقدين فيه. وعلى القاضى أن يستخلص من ظروف كل قضية، ووضع المدين فيها، الحالة التى تؤدى إلى أرهاقه، فيحدد الخسارة بما يزيل الأرهاق الذى أحدثه الظرف الطارىء غير المتوقع»(٣).

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٦٢.

(٢) المحاماة - السنة ٤١ - صفحة ٨٤.

(٣) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٦٢.

ثانيا : موقف الفقه من معيار الأرهاق:

من المعتاد، عندما يثور التساؤل عن معيار معين لرسم حدود بعض المسائل القانونية، أن يظهر، على السطح، جانب من الفقهاء يحبذون المعيار الموضوعى، فى حين يدافع جانب آخر عن المعيار الشخصى. وصدق هذا المعتاد عندما ثار التساؤل عن معيار الإرهاق الذى يعطى الفرصة لتطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية. فذهب جانب من الفقهاء إلى التمسك بالمعيار الموضوعى، فى حين تبنى جانب آخر المعيار الشخصى، ووقف فريق ثالث موقفا وسطا بين الرأيين السابقين.

«أ» أنصار المعيار الموضوعى:-

تتبنى غالبية الفقه العربى المعيار الموضوعى، عند تحديد درجة الأرهاق. وهؤلاء يذهبون إلى أنه يجب النظر إلى العقد المطلوب تطويعه، عند تحديد الأرهاق، بغض النظر عن أحوال المدين الأخرى: «فالعبرة فى تحديد الأرهاق تتعين فى الإلتزام الخاسر دون الملتزم الخاسر، لأن الغاية من النظرية، هى تعديل التوازن الإقتصادى فى عقد أخلت بتوازنه خسارة فادحة غير مألوفة حصلت من ظرف طارىء غير متوقع»(١). فالأرهاق «الذى يعتد به هو الأرهاق الشديد الذى يجاوز الخسارة المألوفة فى التعامل، ويقدر بالنظر إلى الصفقة، فتنسب إليها وحدها الخسارة التى تصيب المدين دون النظر إلى مجموع ثروة المدين، وتقدر الخسارة بمعيار مادى وموضوعى دون الإعتداد بالظروف الشخصية للمدين»(٢).

ويستند الرأى السابق، فى تبنيه للمعيار الموضوعى للأرهاق، على تحليل نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى، التى

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٦١.

(٢) محمد كمال عبدالعزيز - التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - المرجع السابق - ص ٤٢٣.

يستشف منها أن الأرهاق مخصوص بذات العقد. فـ «أرهاق المدين لاينظر فيه إلا للصفقة التى ابرم فى شأنها العقد»(١)، أى يجب الأخذ بالمعيار الموضوعى، وغض الطرف عن أى إعتبارات تتعلق بشخص المدين المتعاقد. أى «أنه يجب أن ينظر عند تقدير الأرهاق الذى ترتب على الحادث الطارىء إلى الصفقة التى ابرم فى شأنها العقد مثار النزاع، ومن ثم فإنه لتقرير ما إذا كان يترتب أو لا يترتب على صدور قانون الإصلاح الزراعى أرهاق للطاعنين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، يتعين على المحكمة أن تبحث أثر هذا القانون على ذات الصفقة»(٢). فيجب إذن «تقدير الأرهاق بشكل موضوعى بحسب نوع العقد، لا بشكل ذاتى بحسب شخص المدين»(٣). فلا يعتد هذا الفريق من الفقهاء، فى تقدير درجة الأرهاق، إلا بالصفقة محل التعاقد، بغض النظر عن كل مايحيط بالمدين من ظروف شخصية، إذ «كثيرا مايحدث فى الواقع أن يتسبب أرهاق طفيف فى إحداث خسارة فادحة للمدين، بينما لا تحدث هذه الخسارة الفادحة لمدين آخر مهما كان الإرهاق جسيما، إذا كان هذا المدين هو الدولة نفسها، ومن ورائها ميزانيتها الضخمة، أو كان شركة أو مؤسسة كبيرة بما يكون لديها من الإمكانات المادية الهائلة والثروات العريضة»(٤). إلا أن كل ذلك لا اعتبار له فى تقدير درجة الإرهاق، ويجب أن يكون هذا الأرهاق بالنظر إلى الصفقة محل التعاقد، ليس إلا.

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - العقد - المرجع السابق - فقرة ٤٢٠ - ص ٨٧٦، ٨٧٧.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٦٢/١/٣ فى الطعن رقم ٢٦/٢٦٣ ق - م نقض م - س ١٤ - ص ٢٧ - ق ٣.

(٣) الدكتور محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدنى - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - المصادر الارادية - نشر جامعة دمشق - ١٩٧٦ - بند ٤٤٤ - ص ٣٤٤.

(٤) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٦٨.

وتطبيقا لهذا المعيار قضت محكمة النقض «بأن تدخل القاضى لرد الإلتزام إلى الحد المعقول رخصة من القانون، يجب لإستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الأرهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الأرهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارىء هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا للظروف المتعلقة بشخص المدين»(١)، كما قضت بأن «توافر الإرهاق الذى يهدد بخسارة فادحة أو عدم توفره - ومعياره موضوعى بالنسبة للصفقة المعقودة ذاتها - من مسائل الواقع»(٢).

«٢» أنصار المعيار الشخصى:

يقوم المعيار الشخصى فى الإرهاق، على النظر إلى كل الظروف المحيطة بالمدين، لبيان ما إذا كان تنفيذه للأداء العقدى الملتزم به سيسبب له إرهاقا أم لا، دون أن يكتفى، كما يذهب أنصار المعيار الموضوعى، بالنظر إلى الصفقة محل التعاقد.

ومن هذا المنطلق، يكون المعول عليه، فى تحديد الإرهاق، هو المدين الخاسر، لا الإلتزام الخاسر. فلو كان هذا المدين فقيرا، فإن تنفيذه لأداء معين سيصيبه بارهاق، لا يسببه لمدين غنى. أيضا، تكون التزامات المدين الأخرى، غير الإلتزام محل الأداء، محل إعتبار عند تحديد الإرهاق. فمن يكون محملا باعباء كثيرة يرهقه تنفيذ أداء قد لايرهق شخصا غير ملتزم إلا بالأداء محل التساؤل. والشركات الضخمة، ذات الفروع المتعددة، ورأس المال الذى يقدر بالملايين، لايرهقها مايرهق شركة صغيرة، تعمل فى حى فقير، ولا يتعدى نشاطها هذا الحى.

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٠/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٢٤٥، لسنة ٣٦ ق - مج نقض م - س ٢١ - ص ١٢٣٤ - رقم ٢٠١. وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٣/١ فى الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٢ القضائية - مج نقض م - س ٢٨ - ص ٦٠٠ - رقم ١١٠.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤ فى الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٢ القضائية - مج نقض م - س ٣٦ - جـ ٢ - رقم ٢٤٣ - ص ١١٧٨.

وفى الإجمال، فإن المعيار الشخصى «يتطلب بحث حالة المدين بتنفيذ الإلتزام المرهق، من حيث ثروته بصفة عامة، وعما إذا كان تنفيذ التزامه هذا يرهقه مع تملكه لهذه الثروة، وعما إذا كانت لديه وسائل، أيا كانت، تمكنه من تنفيذ هذا الإلتزام، ولو كان غيره من المدينين لايستطيعون تنفيذ هذا الإلتزام لحرمانهم من هذه الوسائل(١).

وقد تبنى جانب من الفقه الإيطالى، وبعض المحاكم، هناك، المعيار الشخصى، لتحديد الإرهاق، بمناسبة تفسير وتطبيق مرسوم ٢٧ مايو ١٩١٥، الصادر بمناسبة الحرب العالمية الأولى، والذى استخدم فيه المشرع الإيطالى عبارة «مرهقا للغاية» كمبرر لمراجعة الإلتزامات التعاقدية. وقالوا، هناك، أن تحديد وجود الإرهاق من عدمه يقتضى بحث حالة كل مدين على حدة، طبقا لظروفه الشخصية(٢).

كذلك تبنى البعض فى السودان المعيار الشخصى(٣).

ويشير البعض فى مصر إلى أن «المادة ٢/١٤٧ بوصفها لتنفيذ الإلتزام المرهق بأنه هو الذى يهدد المدين «بخسارة فادحة» ترجح المعيار الشخصى على المعيار الموضوعى. فالخسارة الفادحة، أيا كان معناها، وسواء كانت تذهب بجزء من ثروة المدين أو بمعظمها أو بها كلها، تتفاوت بتفاوت الثروات»(٤).

«٣» المعيار المختلط:

أخذ على المعيارين الموضوعى والشخصى، فى تحديد الأرهاق، إهمال

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الأرهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - فقرة ١٧.

(٢) الدكتور محمد عبدالجواد - المرجع سالف الذكر - فقرة ١٨.

(٣) أشار إلى ذلك الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٧١، ٢٧٢.

(٤) الدكتور محمد عبدالجواد - المرجع سالف الذكر - بند ١٨.

المعيار الموضوعى لظروف المدين الشخصية إهمالا تاما، مما قد يؤدى إلى حلول تأباها أبسط قواعد العدالة، ومبالغة المعيار الشخصى فى الإعتداد بكل الظروف الشخصية الخاصة بالمدين، صغيرها وكبيرها، وثيقة الصلة منها بالأداء محل الإلتزام أو ضعيفها، الأمر الذى يؤدى إلى حلول شديدة الإختلاف والتباين.

ولتحاشى هذه المآخذ، قال بعض الفقهاء بمعيار مختلط، وإن كانوا قد إختلفوا فى تحديده بين قائل بمعيار الرجل المعتاد وقائل بالتطبيق المزدوج للمعيارين الشخصى والموضوعى.

أ - معيار الرجل المعتاد(١):

يقوم هذا المعيار على إختيار شخص من أواسط الناس - لأن الشخص المعتاد هو شخص من أواسط الناس(٢) - فى ثرائه، وفى درجة تبصره بالأمور وفى ثقافته وفكره، وفى التزاماته وحقوقه، وفى غير ذلك من الأمور التى تؤثر فى قدرته على الوفاء بإلتزاماته، والتساؤل عما إذا كان هذا الشخص،

---

(١) تبنى القانون المدنى المصرى معيار الرجل المعتاد، وجعله هو الأصل فى تنفيذ الإلتزام، حينما أورد، فى المادة ٢١١/١، النص على أن «المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل مايبذله الشخص المعتاد ...»، ثم قام بتطبيقه على العديد من الإلتزامات، كإلتزام الفضولى (م ١٩٢٠)، وكإلتزام الشريك فى عقد الشركة (م ٢/٥٢١)، وكإلتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة (م ١/٥٨٣)، وكإلالتزام المستعير فى عقد العارية (م ١/٦٤١)، وكإلتزام العامل فى عقد العمل (م ١/٦٨٥)، وكإلتزام الوكيل فى عقد الوكالة (م ٧٠٤)، وكإلتزام المودع لديه فى عقد الوديعة بأجر (م ٧٢٠)، وكإلتزام الحارس (م ١/٧٣٤).

راجع فى هذا المعيار البحث القيم للدكتور نزيه الصادق المهدى - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى - مجلة القانون والإقتصاد - السنة التاسعة والأربعون - العددان الأول والثانى - ص ١٧٣، ١٧٤.

ونحن نعتبر أن معيار الرجل المعتاد معيار وسط، لأنه لا يأخذ فى اعتباره ظروف مدين معين بالذات، من ناحية، ولأنه، من ناحية أخرى، لايهمل الظروف الشخصية إهمالا تاما ليقصر تركيزه على الجانب الموضوعى، وإنما يهتم - إضافة إلى إهتمامه بالجانب الموضوعى - بالظروف الشخصية لشخص من أواسط الناس.

(٢) وان كان الفقهاء الفرنسيون غير متفقين على تعريف الشخص المعتاد ومختلفين فى تحديد كنه التزامه.

EDMOND BERTRAND, L`esprit Nouveau des lois civiles, Economica, 1984, P. 25.

لو فرض وكان هو الملتزم بالأداء الواقع على عاتق المدين، سيرهقه تنفيذ هذا الأداء، أم لا. فإن كان تنفيذ هذا الإلتزام سيرهق هذا الشخص المعتاد، إعتبر التنفيذ مرهقا للمدين، حتى ولو كان هذا الأخير، نتيجة لثرائه الفاحش، ولما يوجد فى مخازنه من الشىء الملتزم به، لا يرهقه التنفيذ. أما إن كان تنفيذ هذا الأداء لا يرهق الشخص المعتاد، لا يعد الأرهاق قائما، حتى ولو كان المدين بالتنفيذ، لظروف فقره الخاص أو لكثرة الإلتزامات التى تقع على عاتقه، يرهقه هذا التنفيذ.

ومعيار الشخص المعتاد، هذا، يأخذ من المعيار الموضوعى بشخص مجرد يتصوره القاضى، بعيدا عن المدين شخصيا، ويأخذ بالجانب الشخصى، حينما لا يجرد الشخص المعتاد من ظروف الملتزم، بل هو يجعل من الشخص المعتاد معيارا، لكن بظروف المدين الملتزم التى تحيط به.

ب - التطبيق المزدوج للمعيارين الموضوعى والشخصى:

قال بعض الفقهاء بالمزج بين المعيارين الموضوعى والشخصى، للوصول إلى معيار مختلط يتحدد به الإرهاق المعتبر والإرهاق غير المعتبر. فبعد أن انتقد هؤلاء الفقهاء الإستناد إلى المعيار الموضوعى، على أساس أنه «يؤدى إلى إهمال ظروف المدين بالتنفيذ إهمالا تاما، وذلك بتسويته بين المدينين جميعا تسوية تامة، وهو أمر تأباه العدالة وينكره الواقع الملموس»[١] وبعد أن انتقدوا، فى نفس الوقت تبنى المعيار الشخصى، على أساس أن ذلك «يؤدى إلى الأفراط فى تقدير الظروف الشخصية لكل مدين على حدة، ويدخل القاضى فى محيط لا شاطىء له من الحالات التى تختلف وتتفاوت بإختلاف الأفراد»[٢]، نادوا بالمزج بين المعيارين. أو بمعنى أدق، قالوا باستخدامهما معا.

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الأرهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الإشارة - بند ١٨.

(٢) نفس المصدر السابق - ونفس الموضع.

وطبقا لهذه الفكرة، يجب، بداية، أن نحدد درجة إختلال التعادل الذى حدث بين الإلتزامات، بسبب التغير فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. وهذا يتم بواسطة المعيار الموضوعى، لأن هذا الإختلال يتم بالنظر إلى قيمة كل من هذه الإلتزامات، كما هى مذكورة فى العقد، ثم النظر إلى قيمته الفعلية أو السوقية عند التنفيذ. فهذا الإختلال يتم تحديده، إذن، بعملية حسابية، الأمر الذى يجعل المعيار الموضوعى هو المعول عليه، فيه.

لكن إذا كان الإرهاق لايتم تحديده إلا بعد طرح الزيادة العادية، وحصر المسألة فى الزيادة غير العادية(١)، فإنه يجب تحديد نتيجة التغير العادى لنخصمه من الفارق فى قيمة الإلتزامات الذى وصلنا إليه طبقا للمعيار الموضوعى عاليه، حتى نصل إلى معرفة الإرهاق. وتحديد ناتج التغير العادى فى الظروف لايتم إلا بواسطة المعيار الشخصى، لأن توقع التغيرات العادية يختلف من شخص إلى آخر، طبقا لظروفه الشخصية، وخبرته، وطبقته الإجتماعية التى ينتمى إليها. فلا يمكن «بحال من الأحوال أن نعامل، فى هذه المشكلة، فلاحا أو مزارعا صغيرا أو عاملا أو تاجرا صغيرا معاملة مهندس أو شركة كبيرة لديها مستشاروها الإقتصاديون والتجاريون»(٢).

ويستند أصحاب هذا الرأى إلى بعض العبارات التى وردت فى كتاب الوسيط للأستاذ الدكتور السنهورى، لينسب له، القول بالمعيار المختلط. فالأستاذ الدكتور السنهورى يرى أن «أرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد». «نعم ان ثروة المدين تكون إلى حد معين

---

(١) لان «من المتفق عليه أن الغبن اليسير لايعتد به فى المعاملات، لأنه غبن محتمل ويندر أن يخلو منه عقد. ولما كانت الظروف الطارئة نوعا من الغبن فكان لابد عند تطبيقها من التجاوز عن قدر مماثل لهذا الغبن اليسير. وهذا القدر هو مانسميه التقلب العادى للأسعار سواء أدى إلى ربح أو خسارة». الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الإرهاق - فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - بند ١٥.

(٢) الدكتور محمد عبدالجواد - ذات المرجع السابق - بند ١٩.

محل اعتبار فى تقدير الخسارة المألوفة، ومن كان ثريا وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة»(١). وهو مايستشف منه أنصار المزج بين المعيارين الموضوعى والشخصى تبنى الأستاذ المرحوم السنهورى لفكرة المزج هذه، ويدعمون رأيهم بذلك. كذلك، يستندون إلى عبارتى «الحد المعقول» و «خسارة فادحة» الواردتين فى نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى، للقول بأن المشرع، نفسه، تبنى الأخذ بالمعيار الممزوج من المعيارين الموضوعى والشخصى، لتحديد الأرهاق»(٢).

والحق، أن تحديد الإرهاق يمر بمرحلتين: المرحلة الأولى، تتمثل فى بيان التجاوز الذى حدث فى قيمة الإلتزامات عند التنفيذ، بالمقارنة بقيمتها عند التعاقد. ولايمكن أن يتم تقدير هذا التجاوز إلا بالمعيار الموضوعى، لأنه يتم بعملية حسابية تتمثل فى طرح قيمة الأداء، أو تكلفته كما هى مذكورة فى العقد، من قيمته، أو قيمة تكلفته السوقية، عند التنفيذ، لنصل إلى الفارق بين القيمتين، وهو مايمثل التجاوز. لكن قيمة التجاوز هذه لا تمثل الأرهاق. والمرحلة الثانية، تأتى بعد ذلك، لنصل بواسطتها، إلى تحديد الإرهاق. وتتمثل المرحلة الثانية فى عملية طرح الزيادة المألوفة من قيمة التجاوز التى وصلنا إليها، بموجب المرحلة الأولى، لتكون نتيجة الطرح هى الزيادة غير المألوفة، وهى التى تمثل الإرهاق. والعملية الثانية لا يمكن أن تتم إلا على أساس المعيار الشخصى، لأن تحديد ماهو مألوف لايتم إلا بالنظر إلى الظروف الخاصة بكل متعاقد على حدة، إضافة إلى الظروف التى ابرم فى ظلها العقد. لذلك، لايمكن التسوية، عند تحديد الزيادة المألوفة فى قيمة الأداءات، بين فلاح ساذج واقتصادى خبير، أو بين محل كائن فى حارة صغيرة وفقيرة وشركة كبيرة يمتد نشاطها لأكثر من دولة، كما لايمكن التسوية بين عقد ابرم فى ظل

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - فقرة ٤٢٠ - ص ٨٧٦، ٨٧٧.

(٢) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الأرهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - فقرة ١٩.

الهدوء والسلام وآخر ابرم فى ظل الإضطرابات والحروب. فتقدير الزيادة المألوفة ستكون فى الحالة الأولى أقل مما هى عليه فى الحالة الثانية.

لذلك، فالأصوب القول بالتطبيق المتتابع للمعيارين الموضوعى والشخصى عند تحديد الإرهاق المعتبر لتطبيق فكرة تطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية المتغيرة.

المطلب الثالث

وقت تحقق الارهاق

١٨٣ - يثور التساؤل عن الوقت الذى يجب أن يتحقق فيه الأرهاق حتى يكون مبررا للمطالبة بالتطويع. هل يمكن أن يتصور أن يؤدى الإرهاق السابق على موعد حلول التنفيذ إلى التأثير فى التفنيذ؟ وهل يتصور، من ناحية أخرى، لمن قام بالتنفيذ أن يطالب بإعمال فكرة التطويع، إذا أثبت أن هذا التنفيذ، على الرغم من تمامه، كان مرهقا له؟

بداية نلاحظ أنه لايجوز أن تثور مشكلة الأرهاق - فى خصوص بحثنا - فى الفترة السابقة على إبرام العقد، لأنه لو كان قائما، آنئذ، لمثل عنصرا من العناصر التى أخذت فى الإعتبار عند التعاقد. فإن لم يؤخذ فى الإعتبار عند التعاقد، على الرغم من ذلك، عد ذلك إهمالا من المتعاقد المتضرر يجب عليه أن يتحمل مغبته.

لكننا نبحث هنا مشكلة الأرهاق الطارىء بعد ابرام العقد، والذى يترتب على تغيرات تحدث فى الظروف الإقتصادية لإبرام العقد.

وبناء على ماتقدم، لا يجوز لصاحب المصنع الذى ابرم عقود عمل بأجور مغرية ومرهقة له، بهدف مضاعفة الطاقة الإنتاجية النهارية لمصنعه، قصد تعويض توقف المصنع عن العمل ليلا، بسبب ظروف الحرب، راغبا من وراء ذلك فى التمكن من إنجاز تعهداته السابقة على نشوب الحرب بتوريد منتجات مصنعه، لا يجوز له أن يدعى إرهاقا قديما يبرر له المطالبة بإعمال فكرة التطويع، قصد تخفيض الأجور أو تسريح بعض العمال.

وإذا كانت مشكلة الأرهاق يجب ألا تثور إلا بعد إبرام العقد، كذلك يجب ألا تثور إذا نشأت بعد الإنتهاء من تنفيذ العقد، بمعنى أن المتعاقد الذى ينفذ الأداءات الواقعة على عاتقه، فى ظروف حسنة، ثم تصيبه، بعد ذلك،

كوارث أو نوازل أو تغيرات، أيا كانت، فيصبح، نتيجة لذلك، مهددا بخسارة فادحة، لايجوز له أن يثير أية مشكلة بخصوص العقد الذى قام وانتهى قبل هذه التغيرات.

لكن صورة الإرهاق اللاحق هذه قد تثور على نحو آخر، أكثر تعقيدا، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان الأرهاق قد تحقق قبل تمام التنفيذ، ولكن المدين، لسبب أو لآخر، قد أتم تنفيذ التزاماته ووفى بكل الأداءات الواقعة على عاتقه، على الرغم من هذا الإرهاق، فهل يحق له أن يطالب بالتطويع؟

يذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء إلى أنه، لكى يكون للإرهاق المتولد عن تغير الظروف أثر على الرابطة العقدية، يجب أن يكون تنفيذ العقد لم يتم بعد[1]. فإن كان العقد قد تم تنفيذه، امتنع الإستناد إلى الإرهاق بقصد تطويع هذا العقد، لأنه يكون، عندئذ، قد انقضى[2]. ويستوى فى ذلك أن يكون المدين قد قام بالتنفيذ طواعية وعن طيب خاطر فى ظروف عادية أو أن يكون قد قام به كرها، وهو على مضض، بسبب ضغط أدبى عليه.

لكن هناك من لا يوافق - وبحق - على مايذهب إليه الرأى الغالب فى الفقه والقضاء، ويرى أن القول بعدم الإعتداد بالإرهاق الحاصل بعد تمام التنفيذ «دفع إليه عدم التفرقة بين مبدأ انقضاء الإلتزام بالتنفيذ، ونشوء مايمكن أن نسميه بدين الطوارىء. فقد ظن هذا القضاء (والفقه) أن زوال الإلتزام بتنفيذه يعنى عدم إمكان تطبيق حكم الظروف الطارئة على هذا الإلتزام لأنه زال ولم يعد موجودا، بينما الصحيح، فى إعتقادنا، أن قيام حالة الظروف الطارئة يخلق

---

(١) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى - نظرية العقد والارادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٥٥٣ - رقم ٢٧٧.

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٦١/٥/١١ فى الطعن رقم ٥٦ لسنة ٢٦ ق - م نقض م - س ١٢ - ص ٤٦٦ - ق ٦٩. وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٦٢/١٢/٢ فى الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ ق - م نقض م - س ١٣ - ص ١١٧٩ - ق ١٨٧.

عبنا زائدا عما يقتضيه العقد»(١)، إضافة إلى أنه، اى الرأى السائد فى الفقه والقضاء، يجعل المتعاقد حسن النية، الذى يوفى بالتزاماته فى مواعيدها، فى مركز أسوأ من المتعاقد المماطل كثير الخصام، الذى يمتنع عن المضى فى تنفيذ العقد بمجرد أن يظهر له بريق أمل فى أنه قد يعفى، كليا أو جزئيا، من الإلتزامات الواقعة على عاتقه.

والحق، أن الرأى السائد فى الفقه والقضاء قد يجد له تبريرا، من الناحية التاريخية، فى الأسباب التى دفعت مجلس الدولة الفرنسى إلى محاولة خلق نظرية الطوارىء. فما دفع مجلس الدولة الفرنسى إلى إنشاء نظرية الظروف الطارئة هو ضرورة دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد. فإذا كان هذا المرفق قد سار على مايرام طوال فترة العقد، فلا يجوز لمن تعاقد معه أن يطالب، بعد ذلك، بأى تعويضات بسبب إرهاق كان قد أصابه من جراء استمراره فى تنفيذ التزاماته. لكن هذا الرأى لايجد له تبريرا فى النصوص التشريعية التى خلقت، قانونا، نظرية الظروف الطارئة، وبعيدا عن فكرة استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وعلى هذا الأساس، فإننا نرى أنه يجب على من ينظر إدعاء من يطالب بإعمال حكم الطوارىء لإرهاق أصابه بعد تنفيذ العقد، أن يفرق بين حالتين: الأولى، حالة ما إذا كان الإرهاق اللاحق على تمام التنفيذ منقطع الصلة عن الرابطة العقدية، كما لو كان يعود إلى نشوب حرب بعد تمام التنفيذ جعلته يخسر مبالغا طائلة بسبب زيادة أسعار التأمين على البضائع المستوردة عن طريق البحر، أو بسبب وفاة ابنه الذى كان يدير مصنعه، كمهندس، مما أدى إلى توقف هذا المصنع عن الإنتاج. وفى هذه الحالة لايكون للإرهاق اللاحق أى أثر، بل يتحمله المدين، باعتباره قضاء وقدرا يقع على عاتق من يصيبه.

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٧٥، ٢٧٦.

والحالة الثانية، هى حالة الإرهاق اللاحق على التنفيذ، والمرتبط بالتنفيذ برابطة السببية، بمعنى أن التنفيذ هو سبب هذا الإرهاق. أى لولا استمرار المدين فى مواصلة تنفيذ ما يقع على عاتقه من أداءات ما أصابه الإرهاق. وفى هذه الحالة يجب، من وجهة نظرنا، أن يكون هذا الإرهاق محل إعتبار فى العلاقة التى تحكم الرابطة العقدية. أى أنه يجوز لمن نفذ التزاماته بإرهاق أن يطالب بتطويع العقد، وإن كان التطويع، فى مثل هذا الفرض، سيأخذ صورة التعويض.

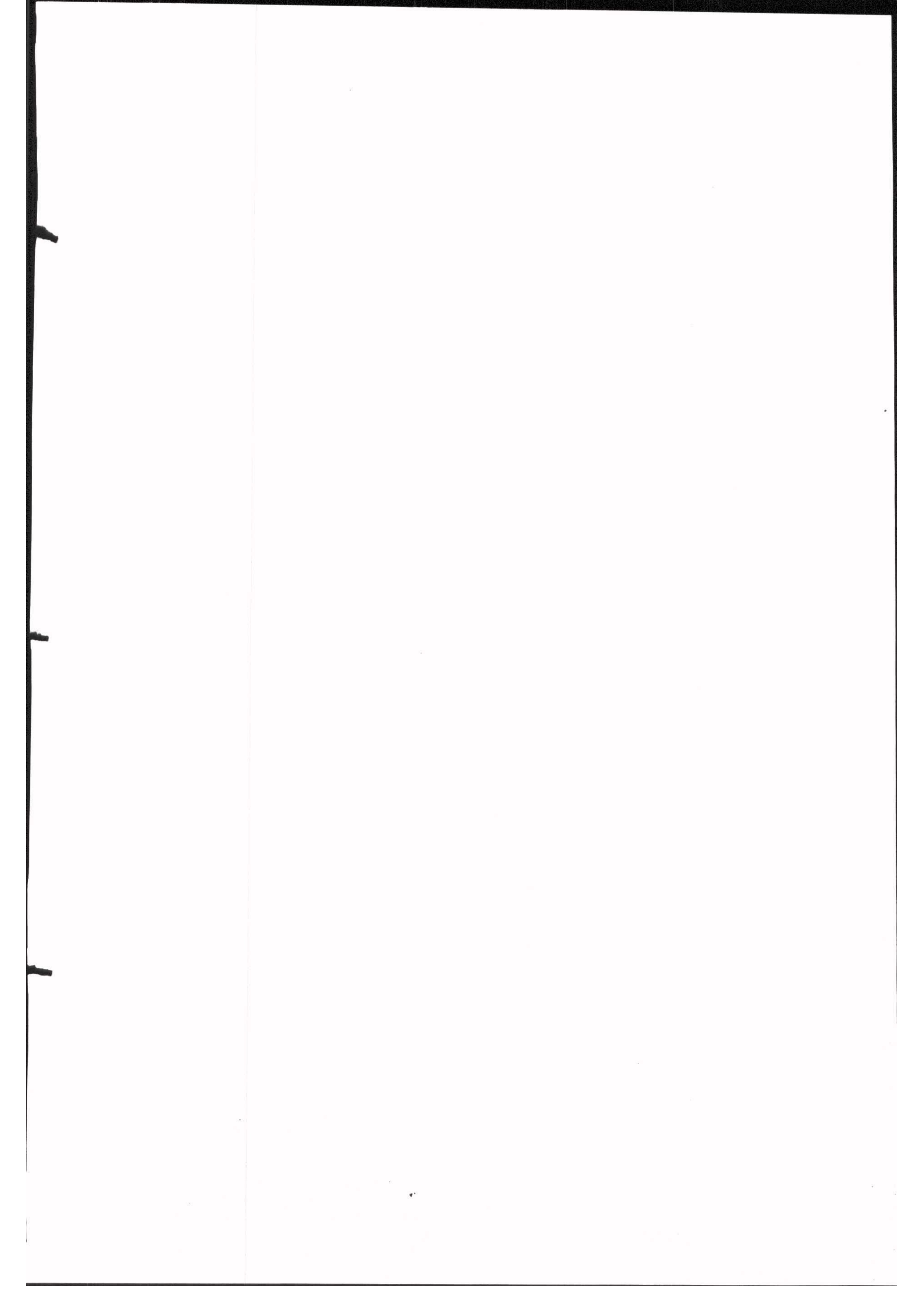
وصفوة القول، أنه يجب أن يتحقق الإرهاق للمدين فى اللحظة مابين إبرام العقد والإنتهاء من تنفيذه، وذلك كأصل عام. لكن ذلك لا يمنع المدين، الذى وفى بالإلتزام الواقع على عاتقه، على الرغم من أن هذا الوفاء أدى إلى إختلال التوازن العقدى القائم بينه وبين الدائن، من المطالبة بإعمال فكرة التطويع التى سيقتصر أثرها، عندئذ، على الحكم له بالتعويض.

تحقق شرط الإرهاق بعد رفع دعوى التطويع:-

ويرتبط بالكلام فى وقت الإرهاق التساؤل عن حكم الإرهاق الذى يتحقق بعد أن يكون المدين قد رفع دعواه أمام القضاء، مطالبا بالتطويع، إعتقادا منه - على خلاف الواقع - أن شروط التطويع، ومن بينها شرط الإرهاق، قد تحققت فى حقه. ويدفع إلى هذا التساؤل، من الناحية العملية، أن نظر الدعوى كثيرا مايستغرق وقتا طويلا، قد تتغير فى خلاله الخصومة فى أى من عناصرها، وعلى الخصوص شرط الإرهاق، الذى يصبح متوافرا بكل أركانه، بعد فترة من رفع الدعوى وقبل الحكم فيها. فعلى سبيل المثال، قد يرفع المتعهد بالتوريد دعواه مطالبا بتطويع عقد التوريد لمجرد نشوب حرب بين دولته والدولة التى إعتاد على شراء السلع محل عقد التوريد منها. ولكن توجد هناك دولة أخرى يستطيع أن يشترى منها نفس السلعة وبنفس التكلفة. ويحدث، وفى أثناء نظر دعوى التطويع، أن تنضم الدولة الأخيرة إلى الدولة التى تحارب دولته، ويتعذر عليه، من ثم، الحصول على السلعة محل التوريد

إلا بنفقات باهظة. فما هو حكم هذا التطور فى شأن شرط الإرهاق على الدعوى المنظورة؟

طبقا لما إنتهينا إليه آنفا، وبإعتبار أن هذا الإرهاق سيكون مرتبطا بالتنفيذ، فإنه يؤدى إلى إعمال فكرة التطويع. وبما أن الدعوى قد رفعت بالفعل، وتحققت مصلحة المدعى أثناء نظرها، فإن ذلك يوجب على القاضى إعمال حكم التطويع، مالم تكن هناك حقوق قد سقطت بالتقادم أو مراكز قانونية قد استقرت بالفعل.



الباب الثانى

نتائج فكرة تطويع العقد

تمهيد وتقسيم :

١٨٤ - تختلف الآثار التى تترتب على إعمال فكرة التطويع بإختلاف طبيعة ومدى التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية من ناحية، وبإختلاف نوعية العقد وطبيعة الإلتزامات المتولدة عنه، من ناحية أخرى. لذلك يمكننا القول بتعدد هذه الآثار أو النتائج، حتى يمكن مواجهة كل حالة بالأثر الذى يتفق معها. وهذا يستوجب منا أن نتعرض إلى كل أثر، على حدة، لنبين طبيعته، والحالات التى يتلاءم معها.

فعلى الرغم من أن التدخل فى الرابطة العقدية، بهدف تطويع الإلتزامات الناشئة عنها، لمواجهة التغير الذى حدث فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، قد يكون إتفاقيا، وقد يكون إداريا، وقد يكون قضائيا[١]، إلا إننا يمكننا القول بأن النتائج التى يؤدى إليها هذا التدخل، أيا كانت صورته، لاتخرج عن أن تكون إما إنهاء للرابطة العقدية، أو ردا للإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، أو، أخيرا، تعويض المتضرر من التغير.

ولبحث هذه الصور المختلفة لنتائج أو آثار إعمال فكرة التطويع، سوف نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو الآتى:

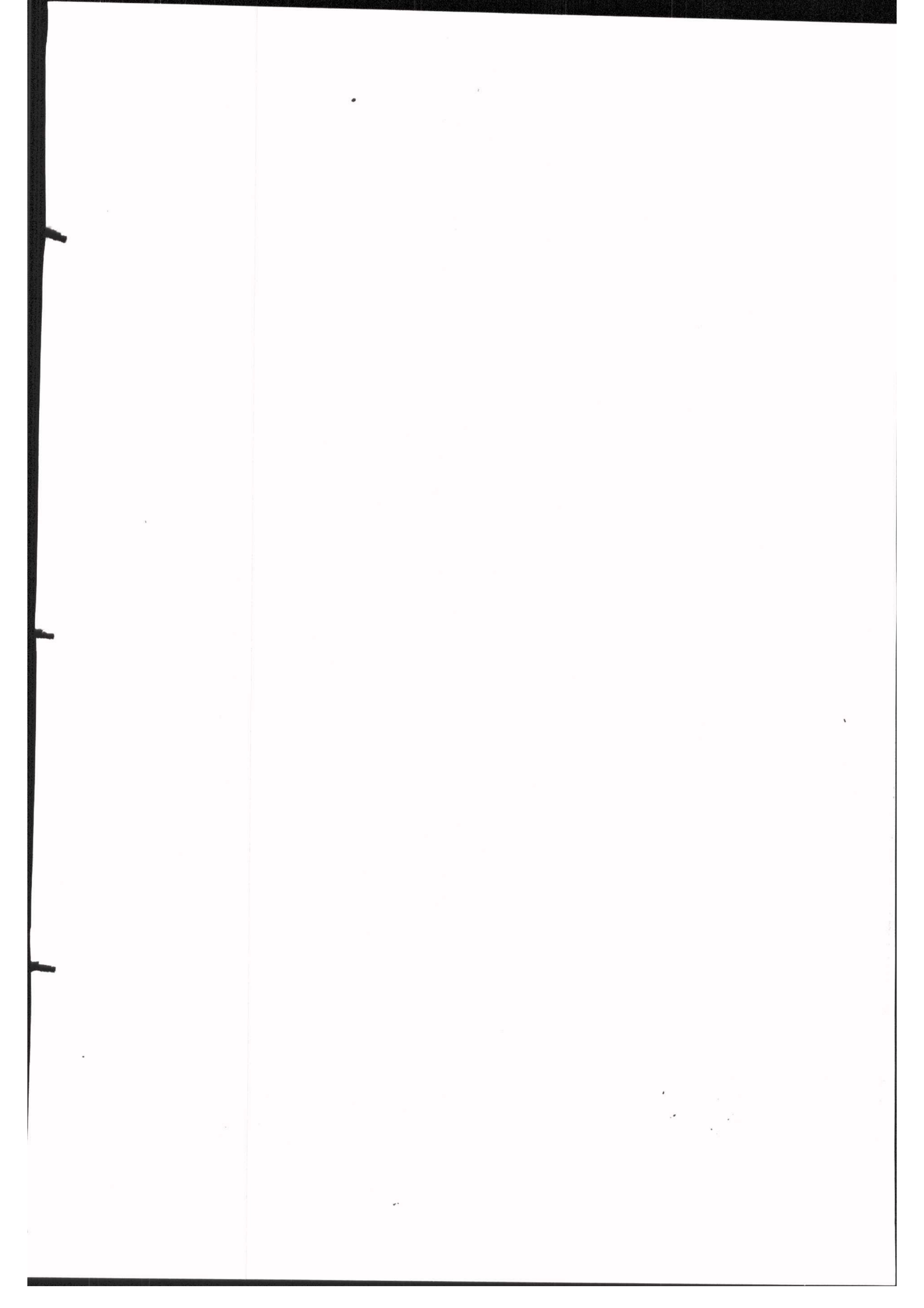
الفصل الأول : لإنهاء الرابطة العقدية.

الفصل الثانى : لرد إلتزامات هذه الرابطة إلى الحد المعقول.

الفصل الثالث : للتعويض.

---

(١) على النحو الذى فصلناه فى القسم الأول من هذه الرسالة.



الفصل الأول

إنهاء الرابطة العقدية

١٨٥ - قد يتم إنهاء الرابطة العقدية بإرادة أحد الطرفين المتعاقدين، أو بإرادتهما المشتركة، أو بحكم قضائى.

ولكى نعرض لكل صورة من هذه الصور، سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، كالتالى:

المبحث الأول : فى إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة.

المبحث الثانى : فى إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المشتركة لطرفيها.

المبحث الثالث : فى إنهاء الرابطة العقدية بحكم قضائى.

المبحث الأول

إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة

١٨٦ - تضمنت التشريعات المقارنة صورا متعددة من العقود، يحق، فيها، لأحد طرفى الرابطة أن ينهى هذه الرابطة بإرادته المنفردة، متى تراءى له أن ظروف العقد الإقتصادية قد تغيرت. بل، وفى غير هذه الصور من العقود التى نصت القوانين على قدرة أحد المتعاقدين، فيها، على إنهائها، يمكن للأطراف أنفسهم، بإتفاق معاصر للعقد، أو لاحق عليه، أن يخولوا أحدهم مكنة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

لذلك، يمكننا القول أن مكنة إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة إما أن تكون تشريعية، أو أن تكون إرادية(١).

---

(١) حينما نتكلم عن الإنهاء بالإرادة المنفردة، لا يمكن أن ينصرف هذا الكلام إلى إمكانية تخويل أحد الأطراف حق الإنهاء هنا بمجرد تقديره أن شروط التطويع قد توافرت، وإنما يجب أن تكون هذه المكنة مخولة لصاحبها باتفاقه مع الطرف الآخره وعلى الرغم من أن هذا التقرير منطقى، إلا أن مادفعنا إلى التنبيه إليه أمران، أولهما، يتعلق بأن فكرة التطويع تبنى، لدى البعض، على شرط ضمنى، يفترض أنه مكتوب مع النصوص الصريحة للعقد. وهذا الإفتراض يقود، منطقيا، إلى القول بأن مجرد حدوث تغير فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، يمنح سلطة إنهاء الرابطة العقدية لمن يلمس هذا التغير، ويرى أن له مصلحة فى الإنهاء.

والأمر الثانى يتمثل فى أن هناك إتجاها بين رجال القانون الدولى العام يذهب إلى القول بحق الدولة فى إنهاء المعاهدة التى ترتبط بها بإرادتها المنفردة حينما تتوافر بالنسبة لها شروط تغير الظروف. ويستند هذا الإتجاه إلى أن القول به هو الذى يتفق وحالة المجتمع الدولى الذى تنعدم فيه السلطة القضائية التى يمكنها أن تبحث ما إذا كانت شروط التغير المؤدى إلى الاضرار بهذه الدولة قد توافرت أم لا. ولذلك يكون لكل دولة الحق فى أن تجعل من نفسها حكما فى هذه المسألة.

يراجع فى هذا الخصوص الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٧٥، وأيضا المراجع التى أشار إليها بنفس الصفحة وبالصفحة السابقة عليها.

ولكى نعرض لهاتين الصورتين، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول : لإنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على اتفاق.

المطلب الثانى : لإنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على نص تشريعى.

المطلب الأول

إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على إتفاق

١٨٧ - قد يخول العقد، بمقتضى شرط من شروطه، لأحد الطرفين المتعاقدين، أو لكليهما، الحق فى أن يعلن، بإرادته المنفردة، إنهاء الرابطة العقدية القائمة بينه وبين الطرف الآخر، متى جدت ظروف إقتصادية قادت إلى قلب التوازن الإقتصادى للعقد الذى كان قائما، فى نظر كل من المتعاقدين، وقت التعاقد، بغية التحلل من التزامه الذى صار مرهقا.

وقد لا يتضمن العقد الأصلى هذه المكنة، ولكن يتم الإتفاق عليها، بموجب اتفاق لاحق يبرم بين طرفى الرابطة الأصلية(١)، وإن كان ذلك نادرا مايحدث فى الحياة العملية. فمن الصعب أن يعترف الطرف المستفيد من التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية بعدم مشروعية استمراره فى هذه الإستفادة. وبأن من حق الطرف الآخر، إن أراد، ومتى أراد، أن ينهى الرابطة لكى يتخلص من تنفيذ التزاماته. وإن حدث هذا فإنه، غالبا، مايكون بناء على اتفاق مع الطرف المضرور، يتنازل الأخير، فيه، عن بعض حقوقه، الأمر الذى ينقلنا من نطاق فكرة التطويع إلى نطاق عقد الصلح.

لكن قد يحدث، وإن كان بصفة نادرة، أن تكون للطرف المستفيد من تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، مصلحة فى المحافظة على

---

(١) بل وأكثر من ذلك، قد يخول هذا الشرط أو ذلك، للمتعاقد المقرر لمصلحته، بالإضافة إلى إنهاء الرابطة العقدية، الزام المتعاقد الآخر بالدخول فى رابطة عقدية، بنفس الشروط، مع متعاقد جديد. والمثل الواضح فى ذلك حكم المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المعدل للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، فى الفقرة جـ ، التى تعطى - بمفهوم المخالفة - الحق للمستأجر فى أن يتنازل عن الايجار للغير، وأن يلتزم المالك بقبول هذا المستأجر الجديد، متى كان لدى المستأجر الأصلى إذن كتابى صريح بالتنازل عن الإيجار.

علاقة طيبة مع الطرف الآخر، فى المستقبل، إما لأنه عميل دائم وأمين، أو لأنه يكاد يحتكر السوق، أو لغير ذلك من الأسباب، فيتفق معه على منحه، بإتفاق لاحق، إمكانية إنهاء الرابطة العقدية بإرادته المنفردة.

وقد يحدث هذا الإتفاق اللاحق بعد إبرام العقد، وقبل حدوث التغير فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها. وهذا الإتفاق متصور أن يحدث كثيرا فى الحياة العملية، لأنه، على عكس الصورة السابقة، يتم دون أن يكون هناك مستفيد من تغير حدث فى ظروف إبرام العقد الإقتصادية.

وهذا الشرط[١]، أو الإتفاق اللاحق، الذى يخول أحد طرفى الرابطة العقدية الحق فى إنهاء هذه الرابطة بإرادته المنفردة، لا يحجب، فى كل الأحوال، سلطة القاضى فى مراقبة مشروعية إعماله. وتفصيل ذلك أن إعمال مثل هذا الشرط مقيد بما تتقيد به الحقوق كافة من عدم جواز التعسف فى إستعمالها. فإذا كان صاحب الحق، فى إنهاء الرابطة العقدية، لم يقصد من ممارسة حقه هذا سوى الإضرار بالطرف الآخر، أو كانت المصالح التى ستعود عليه من إنهاء الرابطة العقدية لاتتناسب البتة مع الأضرار التى ستصيب الطرف الآخر من جراء هذا الإنهاء، أو كان هدفه غير مشروع، عد متعسفا فى إستعمال حقه فى إنهاء الرابطة العقدية.

ولذلك، فإن العلاقة بين إستعمال حق الإنهاء بالإرادة المنفردة وبين سلطة القضاء فى بسط رقابته على هذا الإستعمال تتوقف على الصيغة التى

---

(١) يلاحظ أنه لايشترط أن يكون مثل هذا الشرط صريحا، بل قد يكون ضمنيا يستفاد من كون المدة، فى العقود المحددة المدة، لصالحه هو وليست لصالح الطرف الآخر، ولا لمصلحتهما المشتركة. ففى الوديعة غير المأجورة، والقرض المجانى، وعارية الإستعمال المجانية، يستطيع المودع والمقترض والمستعير أن ينهى العقد بإرادته المنفردة، بناء على شرط ضمنى يستفاد من أن مدة العقد وضعت لصالحه هو، مع التقيد، بطبيعة الحال، بعدم التعسف فى استعمال حق الإنهاء هذا. راجع فى هذا الخصوص:
GERARD FARJAT, Theorie, des obligations, Op. Cit., P. 237.

يستخدمها الطرفان عند ذكر هذا الشرط. فلو ذكر المتعاقدان أن للطرف المتضرر من أى تغير سيحدث فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، الحق فى إنهاء الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، لا يمنع مثل هذا الشرط من ضرورة الإلتجاء إلى القضاء(١) للحصول على حكم بالإنهاء. أما لو ذكر فى العقد أن للطرف المضرور من التغير الذى سيحدث فى الظروف الإقتصادية للعقد الحق فى إنهاء الرابطة العقدية دون لجوء إلى القضاء، لكان لهذا الطرف أن ينهى الرابطة العقدية بإرادته المنفردة دون ضرورة للحصول على حكم، وإن كان ذلك لا يعفيه من تنبيه الطرف الآخر إلى أنه سوف يستخدم حقه فى الإنهاء، إلا إذا أعفى بمقتضى الشرط من هذا التنبيه.

والتكييف القانونى للإتفاق الذى يتضمن مثل هذا الشرط، هو أن الإلتزام المتولد عنه التزام معلق على شرط فاسخ، هو ممارسة المتعاقد المضرور لحقه فى الإنهاء. وحق المتعاقد الذى أدرج الشرط لصالحه، حق معلق على شرط واقف هو تحقق تغير فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها. ولذلك تسرى هنا كل الأحكام المتعلقة بالشرط(٢).

---

(١) بعد التنبيه اللازم للطرف الآخر.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ٢ - المرجع السابق - ص ١٠ ومابعدها بند ٢ ومايليه.

GERARD FARJAT, Theorie des obligations, Op. Cit., P. 210 et sui.

JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., P.225, No. 62.

ALEX WEILL et FRANCOIS TRRRE, Les obligations, P.974, No. 891.

ALAIN GHOZI, La modification de l`obligation par la volonte des parties, these, Op. Cit., No 21. P. 7 et suiv.

المطلب الثانى

إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على نص القانون

١٨٨ - يتضمن التشريعان المصرى والفرنسى العديد من النصوص التى تخول، فى عقود معينة، أحد طرفى الرابطة العقدية، أو كليهما، مكنة إنهاء هذه الرابطة بالإرادة المنفردة، للأسباب التى يراها المتعاقد صاحب هذا الحق، نفسه، ويدخل فيها - بلا خلاف - إختلال التوازن الإقتصادى للعقد، بفعل تغير الظروف الإقتصادية. لكن إستعمال هذه المكنة مقيد بعدم التعسف، وإلا عد هذا المتعاقد مسئولا عن الإنهاء.

ولبيان الصور المختلفة لهذه المكنة، يجب علينا أن نفرق، فى خصوص العقود التى تتضمنها، بين العقود محددة المدة والعقود التى لم تحدد لها مدة(١) تنتهى بإنتهائها، على أن يكو كل فى فرع مستقل.

لذلك، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول : إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة بناء على نص فى القانون فى العقود محددة المدة.

الفرع الثانى : إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفرة بناء على نص فى القانون فى العقود غير محددة المدة.

---

(١) يجب أن يكون الفرق بين العقود غير محددة المدة والعقوذ المؤبدة واضحا، لأن الأخيرة غير مشروعة، وبالتالى باطلة. والسبب فى هذا البطلان يأتى لما تمثله من إعتداء على حرية الأفراد. والفرق بين النوعين يتمثل فى أن العقود غير المحددة المدة لا ينص على مدة سريان العقد فيها، لا لفترة طويلة ولا لفترة قصيرة، على حين أن العقود المؤبدة ينص فيها على أنها تستغرق حياة هذا المتعاقد أو ذاك، أو ينص فيها على مدة تبلغ من الطول الحد الذى يجعلها تأخذ حكم العقود المؤبدة.

الفرع الأول

إنهاء الرابطة العقدية
بناء على نص فى القانون فى العقود محددة المدة

هناك العديد من العقود محددة المدة، وردت بشأنها نصوص تعطى لأحد الطرفين، أو لكل منهما، الحق فى إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة، نذكر منها عقد القرض بفائدة، وعقد الإيجار، وعقد العارية، وعقد المقاولة، وعقد العمل، وعقد الوكالة.

أولا - فى خصوص عقد القرض بفائدة:

تنص المادة ٥٤٤ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا اتفق على الفوائد، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما إقترضه، على أن يتم الرد فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان». وينبع هذا الحكم من معاداة المشرع للمعاملات الربوية، ورغبته فى فتح مجال التحرر منها لكل مدين يريد ذلك. فالمشرع قصر مكنة إنهاء عقد القرض بفائدة، بالإرادة المنفردة على المدين، دون الدائن.

وفى فرنسا صدر قانون ١٦ يوليه ١٩٣٥(١)، ونص على جواز تعجيل دفع الدين قبل حلول أجله، ولو كان يغل فائدة دون حاجة إلى رضا الدائن. وقد إستهدف المشرع الفرنسى، من هذا القانون، تمكين من استدان بفائدة

---

(١) أكمل بالمرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ أكتوبر عام ١٩٣٥.

مرتفعة من الوفاء بدينه إن تحسنت ظروفه. وظل نفس الحكم فى ظل قانون ١١ يوليو ١٩٧٥(١)، ومن بعده القانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ الصادر فى ٩ يوليه ١٩٩١.

ثانيا - وفى عقد الايجار :

تنص المادة ٦٠٨ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل إنقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ المدة أو فى أثناء سريانه مرهقا، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا». فهذه المادة تعطى لكل من المؤجر والمستأجر حق إنهاء عقد الإيجار المعين المدة بالإرادة المنفردة، متى راعى القواعد الخاصة بالتنبية والقواعد الخاصة بتعويض الطرف الآخر تعويضا عادلا.

لكن يلاحظ أن الحكم الوارد بالمادة ٦٠٨ من القانون المدنى المصرى قيدته التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن وإيجار الأراضى الزراعية. فنصت هذه التشريعات على إمتداد عقود الإيجار إمتدادا قانونيا، وبالتالى، حرمت الملاك من حق إسترجاع الأعيان المؤجرة، عند نهاية الإيجارة، ومن باب أولى، أثناء سريان عقد الإيجار وقبل أن تنتهى مدته.

وعلى الرغم من ذلك، مازال حكم المادة ٦٠٨ سارى المفعول بالنسبة للمستأجرين. فيجوز للمستأجر أن ينهى الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، أثناء

---

(١) وهو القانون رقم ٦١٩ لسنة ١٩٧٥ الذى حرر الفائدة من نسبة جامدة محددة سلفا، وجعل هذه النسبة تتم بالنظر إلى سعر الخصم فى بنك فرنسا.
يراجع: الدكتور محمد عبدالظاهر حسين - التعويض المحدد «الفوائد» - بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق ببنى سويف - عدد يناير ١٩٩٢- ص ٩.

سريان عقد الإيجار، متى كان هذا محدد المدة(١)، كما أنه لايزال سارى المفعول بالنسبة للأماكن والأراضى التى تدخل فى نطاق التشريعات الخاصة(٢)، وظلت خاضعة لأحكام القانون المدنى. ففى عقود إيجار هذه الأراضى وتلك الأماكن يجوز لكل من المؤجر والمستأجر إعمال حكم المادة ٦٠٨ سالفة الذكر.

ثالثا - وفى عقد العارية:

تنص المادة ٣/٦٤٣ من القانون المدنى المصرى على أنه «يجوز للمستعير أن يرد الشىء المعار قبل إنتهاء العارية». فالمستعير يستطيع إنهاء عقد العارية بإرادته المنفردة، متى رأى أن الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها قد تغيرت، كأن تكون نفقات المحافظة على الشىء المعار(٣)، أكثر كلفة له من أن يستأجر مثله(٤).

---

(١) وخير مثال نشير إليه فى هذا الخصوص هو نص المادة ٦٠٩ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأنه «يجوز للمستأجر أو المستخدم، إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه، إذا كان هذا الإيجار معين المدة ...».

(٢) الدكتور حمدى عبدالرحمن - شرح قوانين إيجار الأماكن فى ضوء القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ واللوائح التنفيذية وأحكام النقض - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ص ٤٥.

(٣) إذ أن المستعير يلتزم، بمقتضى المادة ٦٤٠ مدنى مصرى، بالنفقة اللازمة لصيانة الشىء المعار صيانة معتادة.

(٤) لكن حق المستعير فى رده للشىء المعار مقيد بألا يكون فى هذا الرد ضرر بالمعير، لأن بقية النص تقضى بأنه «إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله». فلو كان المعير مثلا على أهبة السفر أو لم يتوقع أن يرد له المستعير الشىء محل العارية فلم يستعد له فلا يجبر على قبول الرد.
الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ٦ - المجلد الثانى - المرجع السابق - ص ١٥٥٢ - بند ٨٦٧.

رابعا - فى عقد المقاولة:

تنص المادة ١/٦٦٣ من القانون المدنى المصرى على أن «لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ قبل إتمامه ...» فالقانون خول رب العمل، هنا، دون المقاول، حق إنهاء عقد المقاولة. فرب العمل يستطيع أن ينهى عقد المقاولة متى رأى أن الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها قد تغيرت تغيرا يجعل الإستمرار فى تنفيذ العقد ضارا بمصلحته(١).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض «بأن النص فى المادة ٢/٦٦٣ من القانون المدنى على أن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل، يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لابد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه(٢).

خامسا - فى عقد العمل:

تنص المادة ٢/٦٧٨ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد إنقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض، على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر».

فالعامل الذى يرى أن ظروف إبرام العقد قد تغيرت بصورة تؤدى إلى

---

(١) وإن كان المشرع قد أعطى للمقاول الحق فى التعويض عن هذا الإنهاء. فبقية النص يذهب إلى «أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وماكان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل»

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٩/٦/٢٥ فى الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٧ ق - م نقض م - س ٣٠ - العدد الثانى - رقم ٣٣٠ - ص ٧٦٦.

قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب، يستطيع أن يستند إلى هذه المادة وينهى الرابطة العقدية، على شرط أن يكون قد مضى على إبرام هذه الرابطة خمس سنوات، دون أى التزام على عاتقه.

ويجب أن يكون ملحوظا أن هذا الحكم مقرر لصالح العامل دون رب العمل، بمعنى أن الأخير لايستطيع أن يستند إلى نص المادة ٦٧٨ لينهى الرابطة العقدية بإرادته المنفردة.

سادسا - فى عقد الوكالة:

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ على أنه «يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة ...» وتضيف المادة ١/٧١٦ النص على أنه «يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة».

ومفاد هذين النصين أن لكل من الوكيل والموكل أن ينهى عقد الوكالة بإرادته المنفردة متى رأى أن هناك أسبابا تبرر ذلك. ومن أهم الأسباب التى قد تدفع هذا الطرف أو ذاك إلى إتخاذ مثل هذا الإجراء هو تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، إن قاد هذا التغير إلى قلب إقتصاديات العقد رأسا على عقب، وأضر - بالتالى - بمصالحه.

ولايفوتنا هنا أن نشير إلى أن القانون المدنى الفرنسى يتضمن هذا الحكم. فالمادة ٢٠٠٣ من هذا القانون تنص على «ان تنقضى الوكالة بـ ...... وبعزل الوكيل ......». والمادة ٢٠٠٤ منه تنص على أن «الموكل يمكنه إلغاء وكالته» والمادة ٢٠٠٧ تنص على أن «الوكيل يمكنه أن يعتزل الوكالة بإبلاغ الموكل بتنازله».

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لما كان مؤدى ماتقضى به المادتان ٧١٥، ٧١٦ من القانون المدنى - على ماورد بمجموعة الأعمال التحضيرية - أن الوكالة عقد غير لازم، فإنه يجوز للموكل عزل

الوكيل قبل إتمام العمل الموكل إليه، كما أن للوكيل أن يتنحى عنها قبل إتمام العمل الموكل إليه»(١).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الموكل حر فى أن ينهى الوكالة فى أى وقت، مادام لا يتعسف فى إستعمال حقه(٢).

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٦٦/٣/٨ فى الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣١ ق - م نقض م - س ١٧ - رقم ٧١ - ص ٥٠٩.

(2) cass. Civ. 14 Mars 1984, Bull. Civ. 1984, 1, No. 92.
Cass. Civ., 2 Mai 1984, Bull. Civ., 1984, 1, No. 143.

الفرع الثانى

إنهاء العقد بالإرادة المنفردة
بناء على نص فى القانون فى العقود غير محددة المدة

١٨٩ - يقصد بالعقود غير محددة المدة، تلك التى تبرم بين المتعاقدين دون ذكر صريح أو ضمنى لتاريخ إنتهائها. ويلجأ الأطراف إلى إبرام هذه النوعية من العقود تحقيقا للإستقرار فى الرابطة العقدية، إعتقادا منهم أن العلاقات الناشئة بينهم سوف تستغرق وقتا طويلا.

وعلى الرغم من أن كل العقود غير المحددة المدة تلازمها إمكانية إنهائها بالإرادة المنفردة لكل من طرفى العقد(١)، إلا أن المشرع المصرى، وكذا المشرع الفرنسى، أكدا، فى بعض النصوص، فى خصوص بعض العقود غير محددة المدة، على هذه المكنة. ونذكر من هذه العقود، عقد العمل، عقد الشركة، وعقد الإيجار.

أولا - فى عقد العمل:

تنص المادة ٢/٦٩٤ من القانون المدنى المصرى على أنه «فإن لم تعين

---

(1) GERARD FARJAT, Theoire des obligations, Op. Cit., P. 243, 244.
PAUL DURANT, La tendance a la stabilite du rapport contractuel P. 11.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No. 64, P. 233.
ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, Les obligations,. Op. Cit. P. 366. No 289.
Cass. Sac. 26 Janvier 1978 - Rev. D. S. 1979, P. 287.

مدة العقد بالإتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر ...»· ويقابل هذا النص، نص المادة ٢/١٧٨٠ من القانون المدنى الفرنسى (المعدلة بمقتضى قانون ٢٧ ديسمبر ١٨٩٠) التى تقضى بأن «إيجار الخدمة (يقصد العمل) الذى يتم دون تحديد للمدة يمكن أن ينتهى بإرادة أى من الطرفين المتعاقدين»(١). فالعامل أو رب العمل الذى يرى أن ظروف ابرام العقد الإقتصادية قد تغيرت يمكنه، بمراعاة شروط معينة، أن ينهى رابطة العمل بينه وبين الطرف الآخر، بإرادته المنفردة.

ثانيا - فى عقد الشركة:

تنص المادة ١/٥٢٩ من القانون المدنى المصرى على أن «تنتهى الشركة بإنسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة» وقريب منه ماتنص عليه المادة ١٨٦٩ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأنه «مع عدم الإخلال بحقوق الغير، يستطيع الشريك أن ينسحب كليا أو جزئيا من الشركة ....» متى كان عقد هذه الشركة غير محدد المدة.

فلكل شريك، إذن، فى عقد الشركة غير محدد المدة، أن ينهى هذا العقد، على الأقل بالنسبة له، بإرادته المنفردة.

ثالثا - فى عقد الإيجار:

تنص المادة ٥٦٣ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة،

---

(2) (Le louage de service, Fait sans determination de duree peut toujours cesser par la volonte d`une des parties contractanes).

إعتبر الإيجار منعقدا للفترة الميعنة لدفع الأجرة، وينتهى بإنقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء فى المواعيد الآتى بيانها ...». فلكل متعاقد، فى الإيجار، أن يمنع إمتداد عقد الإيجار لغير المدة المعينة لدفع الأجرة، وبإرادته المنفردة، شريطة أن ينبه المتعاقد الآخر إلى هذا الإنهاء فى المواعيد القانونية(١).

إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة عند الفقهاء الشرعيين:

ترتبط إمكانية إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة، عند الفقهاء الشرعيين، بتخلف صفة اللزوم من العقد. فالعقود غير اللازمة بالنسبة لطرفيها تخول كل منهما إمكانية إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة. والعقود غير اللازمة بالنسبة لأحد الطرفين فقط، تخول هذا الطرف، وحده، مكنة إنهاء الرابطة العقدية بإرادته المنفردة.

وعلى هذا الأساس. فإن لكل من المتعاقدين فى عقود الإيداع والشركة والمضاربة والوكالة والتحكيم والوصية والهبة أن ينهى الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، لأن كل هذه العقود غير لازمة بطبيعتها لكل من طرفيها، عند الشرعيين، أى أن صفة عدم اللزوم فى هذه العقود صفة ثابتة فيها، بالنسبة لكلى الطرفين فيها(١). وفى عقد الرهن، بإعتباره عقدا غير لازم بالنسبة للدائن المرتهن فقط، يملك هذا الدائن أن ينهيه بإرادته المنفردة، بعكس المدين الراهن الذى لايستطيع أن يضع حدا لهذا العقد بإرادته المنفردة، بإعتبار أن هذا العقد لازم، بطبيعته، بالنسبة له(٢).

---

(١) الدكتور حمدى عبدالرحمن - شرح قوانين إيجار الأماكن - المرجع السابق - ص ٤١٤.

(٢) قد يكون العقد غير لازم، لا لصفة لصيقة به، وإنما لعارض أو عوارض قد تعترض العقد فتجعله عقدا غير لازم، بعد أن كان لازما. وترتد هذه العوارض إلى الفساد والإكراه .والخيارات.

(٣) الدكتور . خالد عبدالله عيد - أحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٢٦١ ومابعدها - بند ٢٧١ ومابعده.
الدكتور محمد على محجوب - المدخل لدراسة التشريع الإسلامى والنظريات العامة فى المعاملات - المرجع السابق - ص ٤٥٥، ٤٥٦.

ومن هنا، فإن المتعاقد الذى يتضرر من الإستمرار فى الرابطة العقدية، نتيجة لتغير حدث فى الظروف الإقتصادية التى إبرم العقد فى ضوئها يستطيع أن ينهى بإرادته المنفردة هذه الرابطة، متى كان العقد غير لازم له، إذا تبين له أن هذا الحل هو الأنسب له من الناحية الإقتصادية.

المبحث الثانى

إنهاء الرابطة العقدية إتفاقا

١٩٠ - إذا كانت المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى والمادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى تنصان على أن العقد شريعة المتعاقدين، أو أنه يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه، إلا أنهما تردفان القول بأنه يمكن لأطرافه أن ينقضوه أو أن يعدلوه.

فقد يبدو لأطراف الرابطة العقدية أن خير مواجهة للتغير الذى حدث فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها هو إنهاء الرابطة القائمة بينهما، وحل كل منهما الآخر من التزامه.

ومن يراجع أحكام مجلس الدولة الفرنسى يجده، ومنذ حكمه الشهير فى قضية غاز بوردو[١]، قد سار على ضرورة استطلاع رأى أطراف الرابطة العقدية، بإحالة الأمر إليهم قبل الفصل فيه[٢] فقد يتفقوا على تسوية النزاع. ومن بين صور تسوية النزاع اتفاقهم على إنهاء الرابطة العقدية. وغالبا ما تؤتى هذه المحاولة من مجلس الدولة الفرنسى ثمارها، باتفاق أطراف العقد على تسوية النزاع وديا. وقد يكون الانهاء هو هذه التسوية الودية.

ولقد سلكت المحكمة العليا الألمانية هذا المسلك، حينما اعترفت بضرورة مراجعة العقود تبعا لتغير الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها، إذ أنها لاتتدخل فى الرابطة العقدية، إلا بعد أن يتضح لها أن أطراف الرابطة لم ينهوها، أو ليست لديهم النية فى إنهائها، وإنما يفضلون الإستمرار

---

(1) Con. d`Et. 30 Mars 1916, Sirey 1916, 3, 17.

(2) EMERENTIENNE de GAUDIN du LAGRANGE, L`intervention du juge dans le contrat, these, Montpellier, Recucil sirey, 1935, No. 19, P. 76.

فيها[١]. أى أن هذه المحكمة قد قدمت اتفاق الأطراف على تدخلها لمراجعة العقد، حتى ولو كان اتفاق الأطراف على تسوية النزاع بإنهاء العلاقة التعاقدية ضمنيا مستخلصا من الظروف[٢].

واتفاق أطراف الرابطة العقدية على إنهاء الرابطة العقدية، كما قد ينطوى على تطويع لهذه الرابطة، قد ينطوى على صلح بين الأطراف، أو على إقالة لأحدهم أو لبعضهم من الإلتزامات المتولدة عن العقد.

فهو يكون صلحا متى كان نتيجة لمساومات قادت بكل من طرفى الرابطة العقدية إلى أن يتنازل عن جزء من حقوقه أو إدعاءاته فى مقابل المحافظة على الجزء الباقى، وذلك على وجه التقابل، كما تقضى المادة ٥٤٩ من القانون المدنى المصرى. فالعنصر المميز لعقد الصلح هو النزول المتبادل عن الإدعاءات. فإن تخلف هذا العنصر خرجنا من مجال عقد الصلح[٣] ودخلنا فى مجال نظام قانونى آخر، قد يكون التطويع الإتفاقى للرابطة العقدية، عن طريق الإنهاء.

ويكون إتفاق الأطراف المنهى للرابطة العقدية إقالة إذا توافرت فيه نية التبرع لدى الدائن. وعليه، فإن الإقالة تقتضى أن يكون هناك حق قائم لانزاع فيه، وينوى الدائن بهذا الحق التبرع به للمدين، ويوافق المدين على ذلك. ومن هنا كان من أهم شروط الإقالة توافر أهلية التبرع لدى الدائن[٤]،[٥].

---

(١) الدكتور عبدالحى حجازى - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٥٦٥ - بند ٢٥٩.
حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٦٦.

(٢) وهذا القول هو الذى يتفق مع المنطق، لأنه لو كان الإتفاق صريحا لما كان هذا المسلك إجتهادا من المحكمة العليا الألمانية، إذ أنها ماكانت، عندئذ، ستنظر مثل هذا النزاع. فاتفاق الأطراف على إنهاءه معناه عدم المنازعة فيه.

(٣) الدكتور يس محمد يحيى - عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى - المرجع السابق - ص ٨٩ - بند ٥٧.

(4) JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit,. No. 137. P. 547.

(٥) فالمادة ١/٣٧٢ من القانون المدنى المصرى تنص على أن «يسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع».

ومن هنا يمكننا القول أن كل اتفاق بين طرفى الرابطة العقدية على إنهاء هذه الرابطة يعد تطويعا لها بالإنهاء، مادام لا ينطوى على تنازل متبادل عن بعض الحقوق أو الإدعاءات، ولايتضمن نية التبرع بحق قائم غير متنازع فيه.

وحيث أن الإنهاء الإتفاقى للرابطة العقدية يعتبر عقدا جديدا يهدف الأطراف من ورائه إلى تطويع الرابطة الأصلية، لذا فقد وجب أن تتوافر فيه كل الأركان اللازمة لقيام العقد من تراض ومحل وسبب، على النحو الذى تنظمه التشريعات فى النظرية العامة للعقد.

فيجب، أولا، أن يكون طرفا أو أطراف الإتفاق اللاحق هما أو هم أطراف العقد محل التطويع. أما لو تخلف أحد أطراف العقد محل التطويع عن الدخول فى الرابطة اللاحقة، فلا يسرى التطويع فى حقه. وفضلا عن ذلك، يجب أن يكون كل طرف من أطراف العقد محل التطويع محتفظا بأهليته اللازمة للدخول فى الإتفاق اللاحق، والتى نعتقد أنها تتمثل فى أهلية التصرف، ولا ترقى إلى أهلية التبرع، لأنه - على خلاف الإقالة - لايوجد فى هذا الفرض حق محدد غير متنازع فيه، يمكن أن يؤدى الإتفاق اللاحق إلى التنازل عنه، أى إلى التبرع به.

ويجب، ثانيا، أن يوجد تراضى على التطويع بين الأطراف، تراض خال من العيوب التى تشوبه، من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فلو أكره[١] أحد طرفى الرابطة العقدية على إبرام عقد التطويع، الذى أنهى به العقد محل التطويع، أو كان واقعا فى غلط فى بعض الظروف أو الملابسات التى تحيط بالعقد الأصلى أو العقد اللاحق، أو ابرم العقد اللاحق تحت تأثير التدليس، أو نتيجة لأن استغل فيه المتعاقد الآخر ضعفا معينا، كالطيش البين أو

---

(١) نقصد بالإكراه، هنا، الإكراه المعنوى الذى يعيب الرضا، ولا نقصد الإكراه المادى الذى يعدم الرضا، ولايجوز، معه، الكلام عن عقد، أو عن عمل قانونى، بل ينشأ العقد أو العمل القانونى منعدما.

الهوى الجامح، وابرم معه العقد تحت تأثير هذا الضعف، كان الرضا معيبا، وكان العقد اللاحق، بالتالى، معرضا للإبطال بناء على طلب الطرف صاحب الرضا المعيب.

ويجب، ثالثا، أن يكون محل الإتفاق اللاحق مستوفيا للشروط المطلوبة قانونا، فيه. والمحل الذى ينصب عليه الإتفاق اللاحق هو العقد الأصلى محل التطويع، فلو كان هذا الأخير غير موجود، لقيامه منعدما بسبب تخلف ركن جوهرى من أركانه، أو لأنه كان قد استنفذ وجوده بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه أو بإنقضاء المدة المحددة له، كان الإتفاق اللاحق منعدما لتخلف شرط الوجود فى محله. وبالإضافة إلى شرط الوجود فى محل الإتفاق اللاحق، يجب أن يكون هذا المحل معينا، أو على الأقل قابلا للتعيين. وفى هذا الشرط لاتثور مشاكل عملية كثيرة، إذ أننا اعتبرنا أن العقد الأصلى هو محل الإتفاق اللاحق.

لكن قد يكون بين الطرفين أكثر من رابطة عقدية، كمنتج ارتبط بعقد توريد مع مورد للمواد الأولية، كما ارتبط معه بعقد إنابة أو تمثيل، حينما اتفق معه على أن يتخذ من مقره(١) ممثلية لبيع منتجاته أو الإعلان عنها. تظهر هنا أهمية شرط تعيين المحل أو قابليته للتعيين، إذ يجب أن ينصب الإتفاق اللاحق على عقد محدد من العقدين أو من العقود المبرمة بين الطرفين. أما لو ابرم العقد اللاحق دون تعيين أو إمكانية تعيين العقد السابق المعتبر محلا له، كان الإتفاق اللاحق باطلا، لتخلف شرط تعيين المحل.

وفى الأخير، يشترط فى العقد الأصلى، والذى يعتبر محلا للإتفاق اللاحق، أن يكون منتجا لإلتزامات مشروعة قانونا. أما لو كانت الإلتزامات المتولدة عنه غير مشروعة كان هو غير مشروع بدوره، وبالتالى، ينشأ الإتفاق اللاحق منعدما قانونا، لعدم مشروعية محله.

---

(١) بالفرض أن مقر المورد يبعد عن مقر منشأة المنتج.

وشرط المشروعية مرادف لإشتراط أن يكون محل الإلتزام متفقا مع النظام العام والآداب. فكل عقد يخالف النظام العام والآداب الحميدة فى المجتمع يعتبر غير مشروع، ويصبح كل اتفاق لاحق قصد تطويعه معدوما.

ويجب، رابعا وأخيرا، أن يكون للإتفاق اللاحق سبب مشروع، شأنه فى ذلك شأن كل الإتفاقات.

وإذا كان للسبب، عند الفقهاء، مفهومان(١): المفهوم التقليدى والمفهوم الحديث، فيعرف طبقا للمفهوم التقليدى بأنه، فى العقود التبادلية ومنها الإتفاق الذى نحن بصدده، المقابل الذى يحصل عليه المتعاقد جراء التزاماته أو الإلتزام الذى يقع على عاتقه، فى حين يعرف طبقا للمفهوم الحديث بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد والتحمل بالإلتزام، فإننا نقصد بالسبب، فى اتفاق التطويع، السبب بالمفهوم الحديث، أى الباعث الدافع للمتعاقدين على الإتفاق على تطويع العقد الأصلى. وبناء على ذلك لايمكننا تحديد هذا السبب بصفة عامة ومجردة، فهو يختلف من عقد إلى آخر، وفى نفس العقد يختلف من متعاقد إلى آخر، لأن الأمر يتعلق بباعث دافع إلى التعاقد. ولايمكن تصور وضع «أنموذج» لهذا الباعث، بل أن البواعث متعددة، ولكل بواعثه الخاصة. فهذا الطرف يقدم على إبرام العقد اللاحق ليتجنب خسارة أو ليحقق ربحا، مثلا، على حين يقدم الطرف الآخر على الدخول فى هذا العقد بهدف تجنب اللجوء إلى القضاء، أو بهدف إرضاء ضميره، الذى يرفض الإثراء على حساب الغير، أو بهدف المحافظة على أواصر المحبة والصداقة بينه وبين الطرف الآخر، مثلا. وقس على ذلك إختلاف العديد من البواعث.

وعلى التحديد السابق لفكرة السبب فى العقد المطوع للعقد الأصلى لايمكن أن نتصور تخلف السبب، إذ من غير المتصور أن يقدم شخص على

---

(١) قد ينصرف السبب إلى معنى ثالث، هو المصدر المنشىء للإلتزام، وهو معنى بعيد عن معنى السبب كركن من أركان العقد، أو من أركان الالتزام.

إبرام عقد دون أن تكون له من وراء ذلك أهداف، ولو بعيدة، وإلا كان مجنونا أو صبيا غير مميز، إى كان بلا إرادة.

لكن إذا كان لايمكن تصور عقد صادر من طرفين ذوى إرادة سليمة بدون سبب، إلا أنه يمكن أن يكون هذا السبب غير مشروع، أى مخالفا للنظام العام أو الآداب الحميدة. ومن هنا كانت ضرورة مشروعية السبب فى العقود بصفة عامة. ولذا، فإن العقد اللاحق، الهادف إلى إنهاء العقد الأصلى، يجب أن يكون سببه مشروعا، وإلا نشأ منعدما. فإن كان سبب هذا العقد مخالفا للنظام العام أو للآداب الحميدة فى المجتمع، كأن اتفق المنتج مع مورد المادة الخام على إنهاء عقد التوريد الذى أصبح تنفيذه يهدد بخراب للمورد، بسبب إرتفاع الأسعار إرتفاعا فاحشا نتيجة للتغير فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، فى مقابل أن يساعده المورد على تهريب العملات الحرة خارج البلاد بطريق غير مشروع، أو كأن اتفق رب العمل مع عاملة لديه على إنهاء عقد عملها المحدد المدة والذى صار الأجر المحدد فيه ضنيلا بالمقارنة بالأجور السائدة، هادفا من وراء ذلك إلى إقامة علاقة جنسية غير مشروعة معها، اعتبر سببا غير مشروع، ونشأ الإتفاق اللاحق منعدما.

وترتبط باختيارنا للنظرية الحديثة للسبب، عند تحديد مفهوم السبب فى العقد المنهى للرابطة الأصلية، مشكلة تتعلق باختيار المعيار المميز للبواعث التى يعتد بها، وتلك التى لايعتد بها. فبواعث الفرد متعددة، ولا نهاية لها، وتتمثل دائما فى عنصر خارج عن العقد، من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن استقرار الروابط العقدية بين الناس يقتضى ألا يجعل للباعث أى إعتبار، بإعتبار أنه أمر خفى، لا يعلم به الطرف الآخر فى العقد. وللتوفيق بين هذين الإعتبارين وضع الفقه معيارا(١)، سار عليه القضاء، للتمييز بين البواعث التى

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - مرجع سابق - ص ٦٠٥ ومابعدها - بند ٢٨٢.

يعتد بها، وبالتالى، يقود عدم مشروعيتها إلى بطلان العقد، وبين البواعث التى لايعتد بها، ولايؤثر عدم مشروعيتها، بالتالى، فى الرابطة العقدية. ويتلخص هذا المعيار فى أنه لايعتد إلا بالبواعث التى يعلمها الطرف الآخر. أو يستطيع أن يعلمها، أو كان من السهل عليه أن يتبينها. وفيما دون هذه البواعث لايستطيع المتعاقد أن يطلب إبطال الإتفاق اللاحق المنهى للعقد الأصلى، لأنه هو كان لديه باعث غير مشروع لايعلم به الطرف الآخر، ولم يكن يستطيع أن يعلم به، ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه.

خصائص الاتفاق المنهى للرابطة العقدية:

١٩١ - قد يتسم العقد اللاحق بخصائص العقد الأصلى، وقد يكون مختلفا معه فى بعض الخصائص. فليس من الضرورى أن يكون الإتفاق اللاحق متسما بنفس سمات العقد محل التطويع (بالإنهاء).

والإتفاق اللاحق هذا يتسم، أولا، بأنه من العقود الرضائية التى لايشترط فيها شكل خاص، مالم يكن العقد الأصلى شكليا، فيجب فى الإتفاق اللاحق أن يكون، بدوره، شكليا.

وإذا كان يشترط فى الإتفاق اللاحق أن يكون ثابتا بالكتابة إذا كان العقد الأصلى كذلك، عملا بقاعدة لايجوز إثبات مايخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة، فإن الكتابة هنا للإثبات لا شرطا من شروط انعقاد العقد.

ويتسم الإتفاق اللاحق، ثانيا، بأنه عقد ملزم للجانبين، إذ يلتزم كل طرف بأحكامه، ولا تجوز له، بعد ذلك، المطالبة بأى أثر من آثار العقد الأصلى، على نحو يخالف ماتم الإتفاق عليه فى العقد اللاحق.

ويتسم العقد اللاحق، ثالثا، بأنه من العقود الفورية. فالزمن ليس عنصرا

جوهريا فيه، على خلاف الحال بالنسبة للعقود الزمنية التى يعتبر الزمن فيها عنصرا جوهريا، تحدد على مقتضاه التزامات طرفى الرابطة العقدية، أو أحدهما. وهو من العقود الفورية، حتى ولو كان العقد الأصلى من عقود المدة.

والإتفاق اللاحق يتسم، رابعا، بأنه من عقود المعاوضة، لأن كل طرف فيه يحقق لنفسه، بمقتضاه، الهدف أو الباعث الذى دفعه إلى إبرامه. وفى المقابل يحقق للطرف الآخر بواعثه أو أهدافه التى يتغياها من هذا الإتفاق.

المبحث الثالث

إنهاء الرابطة العقدية قضاء «فسخ العقد»

١٩٢ - لا يوجد شك فى أن الظروف الجديدة على الرابطة العقدية والتى تؤدى إلى أن يصير تنفيذ أحد الإلتزامات الناشئة عن العقد مستحيلا تقود إلى إنفساخ العقد(١)، يستوى أن تكون الإستحالة راجعة إلى طبائع الأشياء، كحالة متعهد توريد إحدى المواد الخام التى تستخرج من منجم معين يمتلكه المورد، إنفجر منجمه بفعل القنابل الناتجة عن قيام حالة حرب، أو أن تكون راجعة إلى سبب فى القانون، كالمحامى الذى يتعهد بالمرافعة فى قضية أمام محكمة أول درجة والطعن بالنقض فى الحكم الذى سيصدر فيها إذا كان فى غير صالح موكله، ثم يصدر، بعد ذلك، قانون يمنع الطعن بالنقض فى مثل هذه النوعية من القضايا.

لكن إذا لم يبلغ التغير الحادث فى ظروف ابرام العقد الإقتصادية، فى آثاره، حد الإستحالة، وإنما نتج عنه مجرد إرهاق فى تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، يكون الحكم بفسخ العقد محل خلاف وشك، لا محل إجماع، سواء فى التشريعات المقارنة، أو فى أحكام المحاكم، أو فى آراء الفقهاء، وإن كنا سنرى أن الرأى الغالب يمنح القاضى هذه السلطة، لأن القاضى قد يرى أن العلاج الوحيد، للتغلب على آثار التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية، هو إنهاء الرابطة العقدية، خصوصا إذا مابدا له أن الظروف الجديدة سوف تأخذ صفة الدوام، وأن من غير المتوقع أن تعود الأمور إلى ماكانت عليه عند التعاقد.

---

(١) يجب أن يكون ملحوظا أنه عند قيام الإستحالة قبل إبرام العقد لايكون هناك مجال للكلام عن الفسخ، لأن العقد لم ينشأ فى مثل هذه الحالة، لتخلف شرط من شروط محله، فالكلام عن الفسخ يفترض أن لدينا عقدا سليما، نريد من القاضى أن ينهى حياته بين طرفيه.

ولإيفاء موضوع إنهاء العقد قضاء (فسخه) حقه، يجب علينا أن نتعرض، أولا، لموقف التشريع والقضاء المقارن من إمكانية الحكم بفسخ العقد للإرهاق، وأن نتطرق، بعد ذلك، إلى أحكام الفسخ باعتباره الحل اللازم والضرورى لمواجهة آثار الإستحالة، والحل الذى قد تفرضه الظروف - على الأقل من وجهة نظرنا - ونفضله على غيره من الحلول، فى حالة الإرهاق فى التنفيذ.

ومن هنا فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول : موقف التشريع والقضاء المقارن من الفسخ إزاء الإرهاق فى تنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

المطلب الثانى : أحكام الفسخ.

المطلب الأول

الفسخ للإرهاق فى التشريع والقضاء المقارن

١٩٣ - إذا كان القضاء الإدارى الفرنسى يسير على مبدأ الحكم بالتعويض(١) للمتعاقد الذى يضار من جراء الإرهاق المترتب على تغير ظروف إبرام العقد، إلا أنه يحكم، استثناء، بفسخ العقد فى حالة الإرهاق المترتب على ظروف طارئة غير مؤقتة، أو مستمرة لفترة طويلة نسبيا، وذلك بالإستناد إلى فكرة القوة القاهرة الإدارية، والتى لا تعدو أن تكون صورة من صور الظروف الطارئة(٢).

وأول قرار صدر من مجلس الدولة الفرنسى خرج به المجلس عن مبدأ التعويض، وقضى بفسخ العقد كان هو القرار الصادر فى ٩ ديسمبر عام ١٩٣٢ فى قضية مشهورة تعرف باسم قضية شركة الترام بمدينة «تشيربورج CHERBOURG»، تتخلص وقائعها فى أن شركة ترام تعاقدت مع إدارة المدينة على أن تقوم بعمليات النقل داخل المدينة بشروط معينة، من أهم هذه الشروط التزامها بتعريفة نقل معينة. لكن وجود الإتوبيسات مثل منافسة خطيرة للشركة، إذ أدى إلى انصراف الركاب عن الترام واتجاههم إلى الأتوبيسات

---

(١) ويبرر الفقه تضييق سلطة القاضى الإدارى فى إطار الحكم بالتعويض للمتضرر دون سواه بأن مهمة القاضى تنحصر فى تفسير العقود، دون أن يملك أى تعديل فى الشروط التى اتفق عليها الأطراف وبأن القاضى لايمكنه أن يلزم الإدارة بعمل ما، إستنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وأن الإدارة يمكنها، بسبب المركز الذى تحتله، أن تقدر الشروط العقدية التى تحقق الصالح العام، أكثر من القاضى.

الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٦٨٩، ٦٩٠.

(2) EMERENTIENNE de GUDIN dU LGORANGE, L`intervention du juge dans le contrat. Op. Cit., No. 18, P. 74.

حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - المرجع السابق - ص ٦٨١ والمراجع التى أشار إليها فى هامش ١ من نفس الصفحة.

باعتبارها وسيلة أسرع من الترام. نشأ نزاع بين شركة الترام وإدارة المدينة، عرض على مجلس الدولة، فقضى، ولأول مرة، بإمكانية فسخ العقد «عندما تخلق الظروف الإقتصادية الجديدة مركزا مستقرا، لا يسمح للملتزم بأن يحقق توازنا بين نفقاته وإيراداته»(١). أي إذا ثبت أن التغير فى الظروف قد أخذ وضعا مستقرا ودائما، بحيث لم يعد هناك أمل فى أن يعود التوازن الإقتصادى للعقد كما كان قائما وقت التعاقد. فنظام الفسخ للإرهاق يقوم، فى القضاء الأدارى الفرنسى، على أنه يعد، فى بعض الأحيان، الجزء الأكثر اتفاقا مع حقائق الأشياء.

ويذهب الفقه المصرى إلى أن القضاء الإدارى المصرى لم يخرج، فى أحكامه عما قرره مجلس الدولة الفرنسى، من تقييد لسلطة القضاء فى التدخل لمواجهة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، عند حدود الحكم بالتعويض للطرف المضرور من هذا التغيير(٢)، ولكنه يحكم بفسخ العقد إذا اتخذ تغير الظروف صفة الدوام والإستقرار.

أما عن القضاء المدنى الفرنسى فإنه، إعمالا لنص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى، لايجعل للتغير الحادث فى الظروف الإقتصادية أى أثر على الرابطة التعاقدية مادام لايؤدى إلى إستحالة فى تنفيذ الإلتزامات، بل يلزم كل متعاقد بتنفيذ مايقع على عاتقه من إلتزامات، ولو ترتب على هذا التنفيذ خسارة للمدين. فلا يمكن - فى نظر محكمة النقض الفرنسية - لأى قضاء أن يعدل فى شروط العقد مادامت شرعيته ليست محل خلاف(٣). وقد أشرنا،

---

(1) Cons, de Et, 9 Decembre 1932, D. 1933, 3, 17.

(٢) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٧٦، ٦٧٧.

(٣) وفى ذلك تقول:
(Aucune juridiction n`a le pouvoir de modifier les clauses d`un bail dont la liceite n`ent pas discutee) Cass. Civ. 30 Mai 1984, Bull. Civ. 1984, III.

فيما سبق، إلى هذا الإتجاه من محكمة النقض الفرنسية فى خصوص قضية قناة كاربونييه(١)، وفى خصوص قضايا إيجار المزارع بحيواناتها(٢).

ويجد هذا المسلك المتسم بالشدة من محكمة النقض الفرنسية تبريره فى أن إستقرار الروابط العقدية هو الوسيلة الرئيسية لتأمين التعامل بين الأفراد، الأمر الذى دفع بهذه المحكمة إلى تغليبه على فكرة تحقيق العدالة بين طرفى الرابطة العقدية.

لكن تحت ضغط الحاجة، خاصة فى فترة مابين الحربين العالميتين، تدخل المشرع الفرنسى، بنصوص قانونية خاصة، لمعالجة بعض آثار التغيرات التى حدثت فى الظروف الإقتصادية، والتى أثرت فى الروابط العقدية، فمنحت هذه النصوص للقاضى سلطة فسخ الرابطة العقدية بناء على طلب طرفى الرابطة العقدية، أو أحدهما.

نذكر من هذه التشريعات، مثلا، قانون «فايو» الصادر فى ٢١ يناير عام ١٩١٨، فى أعقاب الحرب العالمية الأولى، وقانون ١٧ مايو عام ١٩١٩ الخاص بالإيجارات، وقانون ٢٢ ابريل عام ١٩٤٩ الصادر فى أعقاب الحرب العالمية الثانية على غرار قانون «فايو»، والأمر القانونى الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣، فى شأن إيجار الأماكن الخاصة بالإستعمال الصناعى والتجارى، وقانون ١١ مارس عام ١٩٥٧ الخاص بالملكية الأدبية والفنية، وغيره من القوانين التى قصد المشرع الفرنسى، من ورائها، إعمال حكم تغير ظروف إبرام العقد الإقتصادية.

وعلى خلاف القانون المدنى الفرنسى، عالج القانون المدنى الإيطالى

---

(1) Cass. Civil, 6 Mars, 1876, S, 1876, I, 161.

(2) Cass. Civil, 6 Juin 1921, S. 1921, I, 93.

ولم تعد تثور مشكلة فى شأن تأجير المزارع بدوابها بعد أن تدخل المشرع وعدل المادة ١٨٢٦ من القانون المدنى الفرنسى، بموجب قانون ٩ يونيه ١٩٤١.

الصادر فى عام ١٩٤٢، بموجب المادة ١٤٦٧، آثار الإرهاق فى تنفيذ العقد، ومنح القاضى سلطة فسخ العقد الذى يختل توازنه الإقتصادى بفعل التغير الحادث فى الظروف الإقتصادية التى أبرم فى ظلها، بناء على طلب أحد طرفى الرابطة العقدية(١)، أو بناء على طلب الطرفين، معا. فإذا تقدم المدين إلى القاضى طالبا فسخ العقد، التزم القاضى بإجابته إلى طلبه وحكم بفسخ العقد، مالم يتوق الطرف الآخر هذا الطلب(٢).

وفى المملكة المتحدة البريطانية، يدخل الإرهاق الناشىء عن تغير الظروف التى أبرم العقد فى ظلها فى مفهوم الإستحالة FRUSTRATION ، إن قاد إلى أن تنفيذ العقد يؤدى إلى الإضرار الفادح بأحد المتعاقدين. وعندئذ يكون الفسخ هو الأثر الذى يترتب على تغير الظروف الإقتصادية. وعلى ذلك يمكن القول، مع جانب من الفقهاء، أنه فى القانون الإنجليزى «لم تعد فكرة الإستحالة فى التنفيذ مقصورة على حالة وحيدة، حالة ما إذا كان الشىء الموعود به قد صار مستحيل التحقيق من الناحية المادية، كما لو كان الشىء المبيع قد هلك، أو كان من تعهد بأداء خدمات قد مات، وإنما يجب أن نعترف بوجود استحالة فى التنفيذ، أيضا عندما ينتج عن تغير يحدث فى الظروف أن يصير مايمكن تنفيذه من وجهة نظر الشخص المعتاد شيئا آخر بالمقارنة مع الشىء الموعود به»(٣). فالقانون الإنجليزى يجمع بين فكرة الإستحالة المعروفة، وبين فكرة الطارىء المفاجىء المعروفة فى بعض التشريعات ذات

---

(١) مالم يتوق الطرف الآخر هذا الطلب ويعرض مشروعا عادلا لمعالجة الإختلال الحادث فى أداءات الطرفين.

(2) RENE DAVID, L`imprevision dans les Droits Europeens, Melanges Jauffret, 1974, P.P. 219 et 220.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No 69, P. 248.

(3) RENE DAVID, L`imprevision dans les Droits Eurpeens, Op. Cit., P. 214.

الأصل اللاتينى فى خندق واحد، وبالتالى، يكون منطقيا أن يقصر هذا القانون جزاء الإرهاق على الفسخ، بإعتبار أن جزاء الإستحالة لايمكن أن يكون إلا الفسخ.

ويفسر الفقه مسلك القانون الإنجليزى هذا بأن «القضاء الإنجليزى، بما عرف عنه من روح المحافظة والتقليد، لم يشأ أن يعدل عن قاعدة الفسخ التى تقررت فى أول حكم قضائى فى إنجلترا(١) إعترف بأثر تغير الظروف، قبل مازيد على المائة عام»(٢).

والشريعة العامة البريطانية لم تفترق عن الشرائع الأوربية فى جعلها الفسخ جزاء وحيدا للإرهاق الناشىء عن تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، فحسب، وإنما، أيضا، فى إعتبارها أن هذا الجزاء يترتب بقوة القانون، وبدون حاجة لصدور حكم به من القضاء. ففى اللحظة التى تتحقق فيها شروط الإرهاق ينقضى العقد بين طرفيه، وإن كان ذلك لايعنى أن هذا الإنقضاء ذو أثر رجعى، بل هو يكون بالنسبة للمستقبل، وبدون أن يمس ما مضى من آثار الرابطة العقدية.

ولايفوتنا أن نشير، هنا، إلى أن القضاء البريطانى قد عدل، فى أحكامه الحديثة، عن فكرة إنقضاء العقد بقوة القانون بمجرد وجود الإرهاق، لما كان يترتب على هذه الفكرة من نتائج لاتتفق لا مع العدالة ولا مع المنطق

---

(1) TAYLOR V. CALDEVELLE, 1863, 3 B and S. 826, Anglais Reports, Vol. 122, King`s Bench.

أشار إليه حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٨٣ - هامش ١.

(٢) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٨٢، ٦٨٣.

القانونى السليم، واتجه إلى التمييز بين ما إذا ترتب على تغير الظروف إستحالة مادية فى تنفيذ الإلتزام التعاقدى أم مجرد إرهاق فى هذا التنفيذ، ليقصر الفسخ بقوة القانون على الحالة الأولى، ويجعل الفسخ، فى الحالة الثانية، بحكم المحكمة.

وفى ألمانيا يعتبر الفسخ للإرهاق آخر وسيلة يلجأ إليها القاضى لعلاج الإرهاق الناشىء عن تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، إذا لم تجد فى ذلك وسائل أخرى أقل صرامة من الفسخ، كتخفيض الأداء الواقع على عاتق المدين، أو منحه أجلا للوفاء أو غيرهما(١) ، فالمحكمة العليا الألمانية REICHRGERICHT وضعت قاعدة عامة بمقتضاها لايمكن للدائن أن يطالب مدينة بتنفيذ أداء، يؤدى تنفيذه إلى خسارة المدين وتدمير تجارته(٢).

١٩٤ - هذا عن موقف القوانين الأوربية من الفسخ للإرهاق. وإذا انتقلنا إلى القانون المدنى المصرى، والقوانين العربية التى تأثرت به، نجد أن الفقه والقضاء يجمع على أن القاضى الذى يتصدى لمعالجة الإرهاق لايمكنه أن يلجأ إلى فسخ العقد أو إنهائه. فإذا كان للقاضى أن يعدل من شروط العقد، الذى صارت بعض الإلتزامات المتولدة عنه مرهقة لأحد طرفيه بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم فى ظلها، «فإنه ليس من الجائز، طبقا للرأى الغالب فى الفقه، أن يقضى بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة. فالقانون العربى إذا كان قد أعطى القاضى سلطة تعديل العقد، فهو لم يعطه سلطة فسخه»(٢)، وذلك على أساس أنه لا يجوز للقاضى أن يلقى بعبء الحادث

---

(1) KLAPP, L`evolution comparee de la notion d`imprevision en Droit Allemend et en Droit Francais, these, Paris 1969 P. 82.

(2) RENE DAVID, L`imprivision dans les Droits Europeenes. Op, Cit,. P. 217.

(٢) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٩٦.
الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤٢١ - ص ٨٨٢.

الطارىء بكامله على عاتق الدائن بدلا من المدين، وإن فى الفسخ القاء لتبعة الحادث، بكاملها، على عاتق الدائن(١).

ومع إحترامنا للرأى السالف، فإننا نتفق مع ماذهب إليه جانب آخر من الفقهاء العرب من أنه يمكن اللجوء إلى الفسخ كعلاج أخير للعقد الذى انقلب توازنه الإقتصادى رأسا على عقب. ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان استخدام أى من وسائل التطويع الأخرى أمرا مستحيلا أو صعبا. وأساس هذا الرأى أن «رفض الفسخ فى مثل هذه الحالة يعنى إبقاء العقد كما هو، على الرغم من إختلال التوازن الأساسى الذى يتولد عنه. فالظلم صارخ، واستمرار هذا الظلم يتعارض مع مبدأ العدالة الذى كان هو أساس تبنى نظرية الظروف الطارئة كنظرية عامة فى القانون المصرى»(٢). أما الحجة القائمة على أن الفسخ يضع عبء الظرف الطارىء المفاجىء بكامله على كاهل الدائن، بدلا من تقسيمه بين الدائن والمدين كما تقضى نظرية الظروف الطارئة، فإنها مردودة بأنه يمكن تجنب هذا الوضع بالحكم على المدين بتعويض يدفعه للدائن(٣)، فضلا عن أن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسى لنظرية الظرف الطارىء المفاجىء كانت تحمل الدائن كل الخسارة تقريبا. فلم تلق هذه التطبيقات عى عاتق المدين إلا بنذر يسير من الخسارة. فهو لم يكن يتحمل إلا نسبة تتراوح بين ٥٪، ٨٪ من إجمالى الخسارة(٤). ولذلك ليس هناك ما يمنع القاضى المصرى الذى يطبق نظرية الظروف الطارئة التى تجد أصلها التاريخى فى أحكام

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - بند ١٧٥ - ص ٣٢٦ - هامش ٥.

(2) MAGDI SOBHY KHALIL, Le dirigisme ecnomique et le contrat etude de droit compare (France - Egypte - U.R.S.S.), Paris, L,G.D.J, 1967, P. 360, No. 580.

(3) MAGDI SOBHY KHALIL, these, Precite, P. 360, No, 580.

(٤) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة فى العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٦٥٨.

مجلس الدولة الفرنسى، من أن يجارى هذا المجلس، ويحمل الدائن بكل الخسارة الناتجة عن قلب إقتصاديات العقد بفعل تغير ظروف إبرام هذا العقد.

بل وأكثر من ذلك، فإن اتجاه المحاكم نحو الحكم بفسخ العقد كوسيلة لتطويعه يمثل وسيلة ضغط على أطراف العقد، قد تدفعهم إلى تسوية نزاعهم وديا.

وعلى كل حال، فإن هذا الخلاف قاصر على المبدأ العام فى علاج الإرهاق، وهو مبدأ خرج عليه القانون فى أكثر من موضع، عندما أورد تطبيقات أجازت الفسخ كعلاج للإرهاق. ففى إيجار الأماكن نصت المادة ٢/٦٠٨، من القانون المدنى على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل إنقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار، من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقا ....»، وأضافت المادة ٦٠٩ النص على أنه «يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة». فالحكم الذى رتبه المشرع على تغير ظروف عقد الإيجار، فى هاتين المادتين، هو إنهاء العقد أو فسخه بحكم من القاضى.

وفى عقد المقاولة نصت المادة ٤/٦٥٨ من القانون المدنى «على أنه إذا إنهار التوازن الإقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد». وبالتالى، يكون المشرع قد رتب على إختلال التوازن الإقتصادى لعقد المقاولة إمكانية الحكم بفسخ العقد. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية «بأن مفاد نص المادتين ٢/١٤٧ و ٤/٦٥٨ من القانون المدنى أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث إستثنائية عامة يترتب عليها

ارتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل، وكان ذلك بسبب حادث إستثنائى غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا، فإنه يكون للقاضى، وبصفة خاصة فى عقد المقاولة، فسخ هذا العقد أو زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدى إلى رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول»(١)،(٢).

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٠/١١/٢٤ فى الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٦ ق - مج نقض م - س ٢١ - ص ١١٤٨ - رقم ١٨٧. وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤ فى الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٢ ق - مج نقض م - س ٣٦ - جـ ٢ - ص ١١٧٨ - رقم ٢٤٣.

(٢) لايفوتنا، فى نهاية عرض موقف التشريعات المقارنة من إمكانية اللجوء إلى الفسخ فى حالة الإرهاق فى التنفيذ، أن نشير إلى أن نفس المشكلة قد عرضت فى إطار القانون الدولى، واختلف الفقهاء فى شأنها، وإن كان الراجح أن إمكانية الفسخ، بالنسبة للمعاهدات التى تتغير ظروف إبرامها يجب أن تخضع لما يسمى بدعوى تغير الظروف. أى أن القاضى الدولى يجب أن يتدخل ليقرر ما إذا كانت الشروط المطلوبة لإعمال قاعدة تغير الظروف متوافرة أم غير متوافرة، وليقرر ما إذا كان إنهاء المعاهدة هو الأثر الذى يتفق مع طبيعة الأشياء، أم أن هناك حكما آخر أكثر ملائمة لطبيعة الأشياء.

يراجع فى ذلك الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٨١ ومابعدها. وكذلك المراجع التى أشار إليها بالهوامش.

المطلب الثانى

أحكام الفسخ للتطويع[١]

١٩٥ - إنتهينا إلى أن الفسخ القضائى قد يولد من استحالة تنفيذ الإلتزام العقدى، وقد يولد من إرهاق فى تنفيذه[٢]، إذا مابلغ الإرهاق حدا يقتضى إعادة التوازن بين أداءات الطرفين، وكان الفسخ هو الوسيلة المثلى لتحقيق ذلك. والصورتان، وإن إختلفتا فى طبيعة الحكم القضائى الصادر فى المسألة، إلا أنهما متفقتان فى وقوعهما بالنسبة للمستقبل وبدون أثر رجعى، كقاعدة عامة، وفى أنهما لايمسان حقوق الغير حسن النية.

ومن هنا، يقتضى الأمر منا أن نحدد طبيعة الحكم الصادر بالفسخ، أولا، ونتطرق إلى فكرة إنتفاء الأثر الرجعى، ثانيا، على أن نبين أثر حكم الفسخ على الغير، ثالثا.

أولا: طبيعة الحكم الصادر بفسخ العقد للتطويع:

إذا استحال تنفيذ أحد الإلتزامات الناتجة عن العقد، أو استحال تنفيذ التزامه الوحيد، أنفسخ العقد بقوة القانون. ولذلك فإن الحكم القضائى الذى يصدر، فى مثل هذه الحالة، إن اقتضى الأمر صدور حكم[٢]، سيكون مقررا أو كاشفا لوضع متحقق سلفا، قبل صدوره.

---

(١) يمثل الفسخ القضائى للتطويع أحد صور ثلاث للفسخ. هى الفسخ لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية أو لأحدها، ويكون بطلب من الدائن للمحكمة بعد إعذار المدين ويصحبه طلب التعويض إن كان له محل، والفسخ الإتفاقى الذى يعتبر بمثابة عقد لاحق بين طرفى العقد الأصلى، وتنظم أحكامه إرادة طرفين، وأخيرا، الفسخ للإستحالة أو للطارىء المفاجىء، وهى التى تعتبر فسخا للتطويع.

يراجع فى ذلك:

JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., P. 298 et suiv No. 80 et Suiv.

(٢) على الأقل بالنسبة لبعض التشريعات.

(٢) وغالبا مايرفع الأمر للقضاء ليحسم نزاع طرفى العقد، الذى قد يتعلق بوجود الإستحالة من عدمه، أو يتعلق بمدى هذه الإستحالة: كاملة أو جزئية، دائمة أم مؤقتة، أو يتعلق بتاريخ وقوعها.

وعلى العكس من ذلك، لا يقع الفسخ القضائى للإرهاق بقوة القانون، وإنما يتم بموجب حكم قضائى. وهذا الحكم يعد منشئا لحالة الفسخ، لا كاشفا لها.

فطبيعة الحكم الصادر بفسخ العقد للتطويع، فى حالة استحالة التنفيذ، هى أنه حكم كاشف أو مقرر، على حين يكون هذا الحكم منشئا فى حالة الإرهاق.

ويترتب على ذلك أنه لايجوز للمتعاقد، الذى يدعى الإرهاق فى التنفيذ، أن يتوقف عن الإستمرار فى تنفيذ التزاماته، إلا بعد صدور الحكم القضائى الفاسخ للعقد. فلو توقف عن التنفيذ بمجرد أن أحس بالإرهاق عد مخطئا، وتحمل بتعويض مايصيب الدائن من ضرر من جراء هذا الخطأ. لكن المدين الذى يستحيل عليه التنفيذ يتوقف، بحكم الإستحالة، عن تنفيذ ما إستحال عليه تنفيذه من التزامات قبل صدور الحكم القضائى الكاشف عن الإستحالة، إن صدر حكم فى هذا الشأن، دون أن يعد، لتوقفه هذا، مخطئا، لأن القاعدة «لا التزام بمستحيل».

ثانيا : عدم رجعية الحكم الصادر بالفسخ:

يذهب الرأى الغالب فى الفقه العربى[١] والفرنسى[٢] إلى أن للفسخ الناشىء عن إستحالة التنفيذ أثرا رجعيا، شأنه فى ذلك شأن الفسخ لعدم التنفيذ

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ١ - مجلد ١ - المرجع السابق - ص ١٠٠٤ - بند ٤٩١.
الدكتور خالد عبدالله عيد - أحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى - المرجع السابق - ص ٢٧١ - رقم ٢٩٣.

(2) JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No. 82, P. 308.
ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, Les obligations, Op. Cit., P. 566, No. 489.

أو الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الصريح(١). ويستند الفقه فى هذا القول إلى أن القانون قد جمع بين ثلاث صور من الفسخ فى قسم واحد، وهى: الفسخ بحكم قضائى لعدم تنفيذ المدين لما يقع على عاتقه من إلتزامات، والفسخ بمقتضى اشتراط سابق بناء على الشرط الفاسخ الصريح، والإنفساخ للإستحالة، ولم يفرق بينهم فى الحكم. بل، على العكس من ذلك، وحدت المادة ١٦٠ من القانون المدنى المصرى الحكم بينهم، حينما نصت على أنه «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد. فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض».

لكن الرأى السابق لا يعجب بعض الفقهاء فيتخذون موقفا وسطا يخفف من تطرف القول بأن الإنفساخ يتساوى فى الحكم مع الفسخ من حيث الأثر الرجعى. ويقول هذا الرأى أن الفسخ بحكم قضائى والفسخ بناء على الشرط الفاسخ الصريح يشكلان طائفة من الفسخ تتميز بأن إنقضاء الإلتزامات التعاقدية فيها يكون نتيجة لفسخ العقد، على حين أن الإنفساخ يشكل طائفة أخرى تتميز بأن فسخ العقد يكون فيها نتيجة لإنقضاء الإلتزامات المتولدة عنه، مما يؤدى إلى القول بأن الإلتزام فى حالة إستحالة التنفيذ، ينقضى منذ الوقت الذى انقضى يه الإلتزام الذى أصبح تنفيذه مستحيلا، بدون أثر رجعى(٢).

كذلك لا يعجب البعض الآخر من الفقهاء حكم الأثر الرجعى للإنفساخ، بل يميزون بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين، ويذهبون

---

(١) لكن يجب أن يكون ملحوظا أن هذا الفقه نفسه يستثنى، من فكرة الأثر الرجعى للفسخ أو للإنفساخ، العقود المستمرة التنفيذ، ويذهب إلى أن فى هذه العقود لايكون للفسخ أثر رجعى، بل يقتصر أثر الفسخ فيها على إنهاء العلاقات بين الطرفين منذ وقوعه.
الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ٢٠٧ - بند ٦٦.
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No. 82,P.308.
GERARD FRJAT, Theorie des obligations, Op. Cit., P. 359.

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى - آثار الإستحالة فى العقود الملزمة للجانبين - مجلة إدارة قضايا الحكومة - س ٩ - ع ٣ - ص ١٣٠، ١٣١.

إلى أنه لايمكن القول بالأثر الرجعى للإنفساخ بالنسبة للطائفة الأولى من العقود، بل يقتصر الحكم على المستقبل، وذلك على أساس أن الإنفساخ هنا يأخذ معنى الزوال وليس الهدم. أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان العقد مستمرا، فيأخذ حكم العقود الملزمة لجانب واحد، ويقتصر أثر الفسخ على المستقبل، وبين العقود الفورية التى يكون لإنفساخها أثر رجعى. ويبرر هذا التمييز، بشقيه، فى أن إنفساخ العقد الملزم لجانب واحد يكون نتيجة لإنقضاء الإلتزام الوحيد الذى ولده العقد، والذى استحال تنفيذه، الأمر الذى تنتفى معه الحاجة إلى القول بالأثر الرجعى، لأنه لاتوجد التزامات متقابلة يطبق عليها حكم الأثر الرجعى. وعلى العكس من ذلك، العقود الملزمة للجانبين التى يظل باقيا، بالنسبة لها، الإلتزام المقابل للألتزام الذى إستحال تنفيذه، والذى ينقضى بحكم الإرتباط بين الإلتزامات المتقابلة فى هذه النوعية من العقود، ويكون لإنقضائه معنى الفسخ، بما يحمله من أثر رجعى، وإن كانت تخرج، من الحكم السالف للعقود الملزمة للجانبين العقود المستمرة التنفيذ، باعتبار أن استحالة تنفيذ الإلتزام تقع بالنسبة للمستقبل، فيها، مما يقتضى القول بأن الإلتزام المقابل للألإتزام الذى استحال ينقضى بالنسبة للمستقبل فقط(١).

والرأى عندنا، إنه إذا كان للفسخ الإتفاقى والفسخ الناتج عن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أثر رجعى، فإن ذلك يجد أساسه فى إرادة المتعاقدين التى يجب إحترامها فى الفسخ الإتفاقى(٢)، وفى عدم وجود السبب، فى الواقع العملى، بالنسبة للدائن طالب الفسخ، فى الفسخ لعدم التنفيذ. حقا إن هذا السبب كان موجودا فى ذهن الدائن وقت إبرام العقد إستنادا إلى تعهد المدين

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزام - المرجع السابق - ص ٤٢٧ - بند ٢٢٥.

(٢) ولذلك، ليس هناك مايمنع إرادتى الطرفين من تنظيم آثار الفسخ الإتفاقى على نحو لا يجعل له أثرا رجعيا.
يراجع فى ذلك الدكتور محمود جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - بند ٢٢٤ - ص ٤٢٦.

بتنفيذ التزاماته، لكن أتى الواقع - عندما تخلف المدين عن الوفاء - بعكس مادار فى ذهن الدائن، فيكون العقد، أو على الأقل يجب أن يكون، كأن لم يكن منذ البداية(١). أما فى الإنفساخ، فالأمر على خلاف ذلك، إذ لا إرادة للمتعاقدين فى اقتضاء الأثر الرجعى، ولا تقصير من المدين يستوجب هدم كيان العقد من مبدئه، بل إن العقد يأخذ مجراه الطبيعى حتى تصادفه عقبة تجعل تنفيذ أحد إلتزاماته، أو التزامه الوحيد، مستحيلا، مما يقتضى إنفساخه، ومنذ تحقق هذه العقبة فقط، لأن مبرر هدم العقد من مبدأ التعاقد غير موجود(٢).

وتستوى فى هذا الحكم العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين، العقود الفورية والعقود المستمرة، لأن حكمة إنتفاء مبرر الهدم متوافرة فيها جميعا(٢).

هذا فى خصوص الفسخ للإستحالة. أما فى خصوص الفسخ للإرهاق، على الأقل بالنسبة للنظم القانونية التى تسمح به، فإن المسلم به أنه لايكون بأثر رجعى(٤)، بل يكون من تاريخ الحكم الصادر بالفسخ، لأن هذا الحكم، كما أشرنا، حكم منشىء. فهو يتفق مع الحكم الصادر بالفسخ. للإستحالة فى أن كلا منهما لايهدم الرابطة العقدية منذ البداية، وإنما يعتريها وهى فى طريقها العادى للتنفيذ، فيحلها من تاريخ تحقق الحادث الذى أدى إلى الإستحالة أو من

---

(١) يرفض الدكتور محمود جمال الدين زكى فكرة تخلف السبب كأساس لفسخ العقد، لأن «السبب ليس سوى ركن فى العقد، إذا توافر وقت ابرامه، وقام العقد صحيحا، لا يمكن لظرف لاحق أن يؤدى إلى انعدامه، وتبعا لذلك، إلى زوال العقد. فالالتزام الذى توافر له سبب وقت نشوئه، لا يمكن أن يصبح بغير سبب». الوجيز فى النظرية العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى - المرجع السابق - بند ٢٠٩ - ص ٤٠١، ٤٠٢.

(٢) الدكتور عبدالحى حجازى - آثار الاستحالة فى العقود الملزمة للجانبين - سالف الذكر - العدد الثالث - ص ١٣٠.

(٢) وإذا كانت بعض الالتزامات قد نفذت فى الفترة مابين حدوث الاستحالة وصدور حكم الفسخ، فإن القائم بالتنفيذ يملك دعوى دفع غير المستحق ليسترد بها مادفعه.

(٤) الدكتور عصمت عبدالمجيد - الغبن اللاحق وموقف القانون العراقى منه - المرجع السابق - ص ٢٩.

تاريخ الحكم الصادر بالفسخ إن كان أثر الحادث هو إرهاق المدين فى تنفيذ التزامه.

ويفسر إختلاف الحكم الصادر بالفسخ فى حالة الإستحالة، عنه فى حالة الإرهاق، بأنه فى الإرهاق يظل المتعاقد المرهق مستمرا فى تنفيذ التزاماته مادامت ممكنة، ولا يبرر له الإرهاق التوقف عن الإستمرار فى التنفيذ وإلا أعتبر مخطئا وتحمل مسئولية خطئه حتى يصدر حكم بالفسخ(١). ولكن فى الإستحالة الأمر على خلاف ذلك، ولايمكن الزام المتعاقد بالإستمرار فى تنفيذ التزام صار مستحيلا. فيكون التوقف من تاريخ الإستحالة، ويأتى حكم الفسخ مقررا لهذه الحالة ومؤيدا لها.

وصفوة القول، أنه إذا سلمنا بأن المقصود بالأثر الرجعى للفسخ هو هدم الرابطة العقدية منذ البداية، أمكننا القول بأن فسخ العقد للتطويع لايمكن أن يكون له أثر رجعى، وإنما هو ذو أثر فورى(٢)،(٣).

ثالثا : أثر فسخ العقد على حقوق الغير:

لايقتصر أثر فسخ العقد على طرفيه، وإنما يمتد إلى الغير الذى ترتبت له على أحد الطرفين بعض الحقوق التى تستند إلى الرابطة المفسوخة. فالمادة ١٦٠ من القانون المدنى المصرى تنص على أنه «إذا فسخ العقد أعيد

---

(١) الدكتور عصمت عبد المجيد - الغبن اللاحق وموقف القانون العراقى منه - المرجع السابق - ص ٢٠.

(٢) فى إطار القانون الدولى العام يذهب أنصار إنقضاء المعاهدات كأثر لتغير الظروف التى أبرمت فيها إلى أن هذا الأثر لايمكن ترتيبه بأثر رجعى، وإنما هو فقط قاصر على المستقبل. يراجع فى ذلك الدكتور جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشىء على حاله - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٨٣.

(٣) ويذهب الفقهاء المسلمون إلى أن «إنفساخ العقد كفسخه من حيث النتائج التى تترتب عليه، فهو أيضا يجعل العقد كأن لم يكن، ويوجب، بالتالى، إعادة المتعاقدين إلى سابق وضعهما قبل العقد». الدكتور خالد عبدالله عيد - أحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى - المرجع السابق - ص ٢٧١ - رقم ٢٩٣.

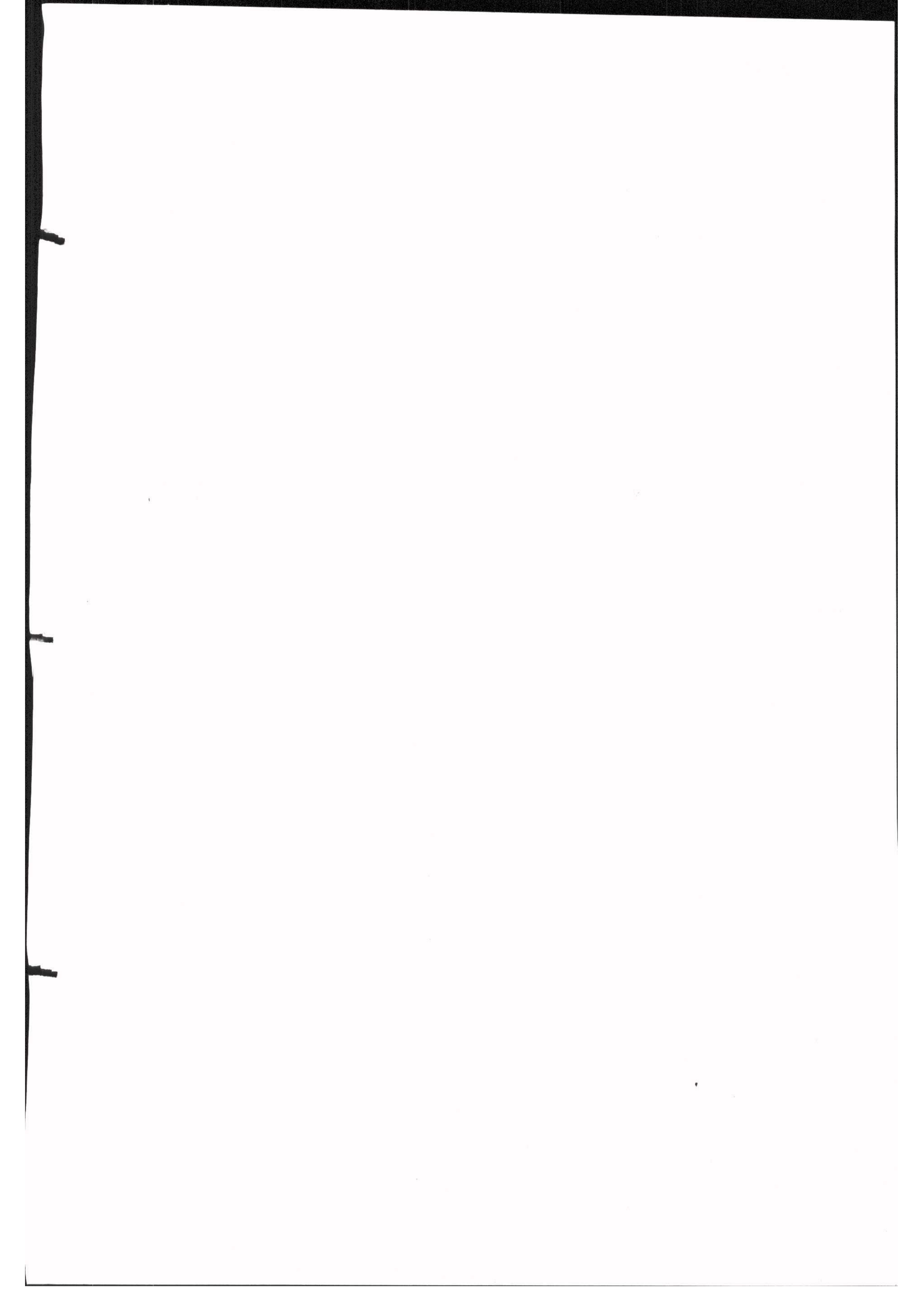
المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد» فهى لم تفرق بين الطرفين وبين الغير، بل قررت إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد. وهذا يقود، منطقيا، إلى القول بأن الغير الذى اكتسب حقا مستمدا من الرابطة العقدية المفسوخة يلتزم، بعد الفسخ، برد هذا الحق، مالم يستند فى تمسكه بعدم رده إلى سبب آخر، كالتقادم، مثلا.

لكن يجب للوصول إلى هذه النتيجة تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها على هامش تسجيل المحرر الذى اكتسب منه الغير حقه، إن كان قد سجل أو تم شهره. فمن تاريخ هذا التسجيل أو التأشير لايعتد بالحقوق التى يكتسبها الغير إستنادا إلى الرابطة العقدية المفسوخة، يستوى أن يكون هذا الغير حسن النية أو سىء النية. لكن الحقوق التى يكتسبها الغير قبل تسجيل دعوى الفسخ تسرى على طرفى الرابطة العقدية. إن كان الغير حسن النية(١).

وخلاصة القول، أن فسخ الرابطة العقدية يهدم، كأصل عام، حقوق الغير المبنية على الرابطة المفسوخة قبل فسخها. لكن يرد إستثناء على هذه القاعدة تبقى، بموجبه، حقوق الغير حجة على طرفى الرابطة المفسوخة. ويتمثل هذا الإستثناء فى حالة المتعاقد حسن النية الذى اكتسب الحق قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها.

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - سالف الذكر - ص ٨٠٧، ٨٠٨ - بند ٤٧٩.



الفصل الثانى

رد التزامات الرابطة العقدية إلى الحد المعقول

١٩٦ - يتم رد الإلتزام المرهق، فى الرابطة العقدية، إلى الحد المعقول بوسيلة أو أكثر من عدة وسائل يمكن لأى منها أن ترفع الإرهاق. وتتمثل هذه الوسائل فى انقاص الإلتزام الذى صار مرهقا، زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام الذى صار مرهقا، وقف تنفيذ العقد مؤقتا، تنفيذ العقد مقدما، إمتداد العقد لفترة أطول، وفى الأخير، تحول العقد.

ويتم إختيار الوسيلة المناسبة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، من بين هذه الوسائل، تبعا لظروف الحال. بمعنى أن هناك أحوالا يجدى فيها وقف تنفيذ العقد مؤقتا، على حين أن هناك أحوالا أخرى لاتجدى فيها هذه الوسيلة، وإنما يكون العلاج الناجع فى وسيلة أخرى كالإمتداد أو التحول أو تنفيذ العقد مقدما أو غير هذه الوسائل(١).

وللإلمام بهذه الوسائل سوف نعرض لكل وسيلة منها، على حدة، الأمر الذى يستوجب تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، كالتالى:

المبحث الأول : إنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل له.

المبحث الثانى : وقف تنفيذ العقد مؤقتا أو تنفيذه مقدما.

المبحث الثالث : إمتداد العقد.

المبحث الرابع : تحول العقد.

---

(١) فاختيار هذه الوسيلة أو تلك مقيد، كما يقول الدكتور عبدالسلام الترمانتينى، بمعيارين تجب مراعاتهما «وهما: ظروف القضية ومصلحة الطرفين».
الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٦٦.

المبحث الأول

إنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل

١٩٧ - قد تكون خير وسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول هى وسيلة إنقاص هذا الإلتزام إلى الحد الذى يخف فيه الإرهاق عن المدين، كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية. ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارىء، كحرب منعت إستيراد السكر أو إغلاق بعض مصانع السكر أو نحو ذلك، فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها، فيجوز، فى هذه الحالة، للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول»(١)، أو كأن «يتعهد تاجر بتوريد كميات معينة من سلعة معينة، ثم، بدلا من أن يزيد سعرها، ينخفض بدرجة ملحوظة، فلا يستطيع القاضى فى هذه الحالة - لكى يعيد التوازن إلى العقد - إلا أن يخفض الثمن الواجب على المشترى للمورد»(٢).

ويدخل تحت فكرة انقاص الإلتزام المرهق، إضافة إلى إنقاص كم الإلتزامات كما فى المثال السابق، إنقاص التزام المدين من ناحية الكيف، مادام يؤدى إلى إعادة الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. فلو «تعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ومن صنف متفق عليه، ثم تطرأ حوادث أو ظروف إستثنائية تجعل الحصول على هذا الصنف بالذات مرهقا للمدين، سواء

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤٢١ - ص ٨٨١.
الدكتور . عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٦٧.

(2) M. M. el GAMAL, L`adaption du contrat aux circonstances economiques, these, Op. Cit., P. 248, No. 435.

بسبب إرتفاع سعره إرتفاعا باهظا أو بسبب صعوبة توريد الكميات المتفق عليها منه بسبب ندرته»(١)، أمكن رد الإرهاق الذى يعترى المدين، من جراء إجباره على توريد الصنف المتفق عليه، بالإذن له بتوريد نفس الكمية المتفق عليها، ولكن من صنف أقل جودة.

وقد طبق القانون المدنى المصرى(٢) وسيلة انقاص الإلتزام المرهق، كأداة لرد الإلتزامات إلى الحد المعقول، فى خصوص عقد الإيجار، حينما نص فى المادة ٢/٥٦٩ على أنه «أما إذا كان هلاك العين (المؤجرة) جزئيا أو إذا أصبحت العين فى حالة لاتصلح معها للإنتفاع الذى أجرت من أجله أو نقص هذا الإنتفاع نقصا كبيرا، ولم يكن للمستأجر يد فى شىء من ذلك، فيجوز له، إذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التى كانت عليها، أن يطلب، تبعا للظروف، إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته، دون إخلال بما له من حق فى أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقا لأحكام المادة السابقة».

وورد نفس الحكم فى المادة ٢/٦١٦ من القانون المدنى، والخاصة بإيجار الأراضى الزراعية. فهذه المادة تقضى بأنه «أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير فى ريع الأرض، كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة».

وتدخل المشرع فى عقود إيجار الأماكن بموجب القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ وأنقص التزام المستأجرين، حينما تبين له أن تغير الظروف الإقتصادية أدى إلى أن أصبح التزام المستأجرين مرهقا لهم إرهاقا شديدا. فقد استعاض المشرع عن التقدير الواقعى للأجرة التى نص عليها القانون رقم ٤٦

---

(١) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته - سالفة الذكر - ص ٧٠١.

(٢) وذلك إضافة إلى الحكم العام الوارد فى المادة ٢/١٤٧.

لسنة ١٩٦٢ بتقدير حكمى لها، عن طريق إجراء خفض فى عقود الإيجار بالنسبة التى حددها فى القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥(١).

كذلك طبق القانون المدنى الفرنسى وسيلة انقاص الإلتزام المرهق، كأداة لرد الإلتزامات إلى الحد المعقول، فى خصوص عقد إيجار الأرض الزراعية، حينما نص فى المادتين ١٧٦٩، ١٧٧٠ على حق المستأجر فى تخفيض الأجرة حينما يفقد نصف المحصول، على الأقل، بفعل حادث مفاجىء، لايد له فيه. ويكون انقاص الأجرة بنسبة مافقده المستأجر من المحصول إلى الأجرة المتفق عليها.

أيضا تدخل المشرع الفرنسى وتبنى سيلة انقاص الإلتزام المرهق كأداة من أدوات رد التزامات الرابطة العقدية إلى الحد المعقول، بموجب قوانين خاصة، نذكر منها، على سبيل المثال، قانون ١٨ ابريل و ١٢ يوليه ١٩٣٣. اللذين منحا المحاكم سلطة تخفيض أجرة الأراضى الزراعية وأجرة المبانى المعدة للإستعمال التجارى والصناعى(٢). ويعد من هذه القوانين الأمر القانونى الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٣٥ والأمر القانونى الصادر فى ٨ أغسطس ١٩٣٥، اللذان انقصا حقوق كل دائن بمبلغ من النقود بنسبة ١٠٪، الأمر الذى قاد إلى إنقاص الإيجارات وفوائد الديون ومرتبات الموظفين وأجور العمال وغيرها بنفس النسبة(٣).

لكن إنقاص الإلتزام المرهق قد لا يكون هو خير وسيلة لرد التزامات الرابطة العقدية إلى الحدود المعقولة، وإنما قد تكون الوسيلة الناجعة فى ذلك هى زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، أى زيادة التزام الدائن، كما لو «تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشا للأردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضى السعر الوارد فى العقد»(٤) إلى أكثر

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٤/٢٠ فى الطعن رقم ٦٩١ لسنة ٤٣ ق - مج نقض م - س ٢٨ - ص ١٠٢٠ - ق ١٧٤. وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٦/٨ فى الطعن رقم ٧١٥ لسنة ٤٢ ق - مج نقض م - س ٢٨ - ص ١٣٩٢ - ق ٢٤١.

(2,3) JACQUES FLAUR et JEAN-LUC AUBERT, Droit civil., les obligations, volume I, Source: l`acte juridique edition 1980, No. 412, P. 319.
ALEX WILL et FRANCOIS TERRE, Les obligations, Op. Cit., No. 393, P. 431.

(٤) وهو المثل الذى ضرب فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، تعليقا على الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جـ ٢ - ص ٢٨٥.

من الستين قرشا وأقل من الأربعة جنيهات(١)، وعلى العموم كلما «حدث أن أدى وقوع الظرف الطارىء إلى إرتفاع باهظ فى سعر السلعة المتفق على بيعها وتسليمها، مثلا، فمن الممكن أن يقوم القاضى بزيادة السعر المبين فى العقد، حتى يلقى بشىء من الزيادة غير المألوفة أو غير المتوقعة على عاتق الطرف الآخر، أى الدائن»(٢).

وقد تضمن القانون المدنى المصرى، إضافة إلى نص المادة ٢/١٤٧، بعض النصوص التى تطبق فكرة الزيادة هذه، كوسيلة لرد التزامات الطرفين إلى الحدود المعقولة، نذكر منها نص المادة ٤/٦٥٨ الواردة فى عقد المقاولة، والتى تقضى بأنه «إذا إنهار التوازن الإقتصادى بين إلتزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد»(٣).

كذلك، تبنى المشرع الفرنسى، بموجب قوانين خاصة، أداة زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام الذى صار مرهقا بفعل تغير ظروف العقد الإقتصادية كوسيلة لرد التزامات الطرفين إلى الحد المعقول. نذكر من هذه القوانين قانون ٨ يوليو ١٩٢٥، وقانون أول سبتمبر ١٩٤٨ الذين زادا من أجرة المبانى المعدة للسكنى بسبب ما أصاب المؤجرين من خسارة ناتجة عن إنخفاض قيمة النقود،

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المجلد الأول - المرجع السابق - فقرة ٤٢١ - ص ٨٨٠، ٨٨١.

(٢) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزم العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٧٠٢.

(٣) وتطبيقا لهذا النص قضت محكمة النقض بأنه «إذا جد بعد صدور عقد المقاولة حادث من الحوادث الإستثنائية العامة غير متوقع عند التعاقد ترتب عليه إرتفاع أسعار المواد الأولية أو أجور العمال أو زيادة تكاليف العمل مما أصبح معه تنفيذ العقد مرهقا للمقاول فإنه يكون للقاضى ...... زيادة أجر المقاول المتفق عليه بما يؤدى إلى رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول» نقض مدنى بجلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤ فى الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٢ ق - مج نقض م - س ٣٦ - ص ١١٧٨ - ق ٢٤٣.

كما نذكر منها قانون ٩ يونيه ١٩٢٧ الذى رفع قيمة إيجار الأراضى الزراعية، ثم جعل هذه القيمة تتناسب آليا مع الظروف الإقتصادية(١)، وقانون ٣٠ ديسمبر ١٩٧٤ الذى حل محل قانون ٢٥ مارس ١٩٢١ (المعدل)، وجعل المرتبات العمرية تزداد تلقائيا، كلما حدث تغير فى ظروف المعيشة(٢)، على أساس أن الإلتزام التعاقدى بدفع مرتب يتم، فى الغالب، نظير أداء مقابل، وأن الإنخفاض المستمر فى القيمة الإقتصادية للنقود يجعل هذه المرتبات غير متناسبة مع المقابل، مما يقتضى رفع هذا الظلم.

وطريقتا إنقاص الإلتزام المرهق، أو زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، من بين الطرق التى تبناها قانون الإلتزامات البولونى لعلاج آثار الظروف الطارئة، فقد نص هذا القانون، فى المادة ٢٦٩ منه، على أنه فى حالة حدوث ظروف طارئة يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الإلتزام العقدى محوطا بصعوبات شديدة، أو يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، يجوز للمحكمة «أن تحدد مقداره»، أى مقدار الإلتزام المرهق، وهى عبارة يرى الفقه أنها تحتمل إنقاص الإلتزام المرهق، كما تحتمل زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام الذى صار مرهقا(٣).

وفى القانون المدنى الإيطالى، يمكن تفسير المادة ١٤٦٧ منه التى تنص على «أنه إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف إستثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الإلتزام أن يطلب فسخ العقد. وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة» على أنها تتضمن، إضافة إلى إمكانية فسخ العقد، إمكانية تعديل شروطه. وتعديل

---

(1) JACQUES FLAUR et JEAN-LUC AUBERT, L`acte juridique, Op. Cit., No. 412, P. 319.

(2) JACQUES FLAUR et JEAN-LUC AUBERT, L`acte juridique, Op. Cit., No. 412, P. 319.

(3) RENE DAVID, L`imprevision dans le Droit Europeen, Op. Cit., P. 220.

شروط العقد يتم بأكثر من وسيلة، من بينها إنقاص الإلتزام المرهق، أو زيادة الإلتزام المقابل له[١].

ونلمس نفس الأمر فى القانون المدنى الهولندى الذى ينص فى مادته ٦-٥-٣-١١ على أن «للمحكمة، بناء على طلب أحد طرفى الرابطة، تعديل العقد، أو استبعاده كليا أو جزئيا، بسبب ظروف غير متوقعة ذات طبيعة من تلك التى لا يكون للطرف الآخر الحق فيها بتطبيق معيارى السبب والعدالة، وذلك حرصا على إستمرار العقد»[٢]. وعبارة «تعديل العقد» تحتمل، من بين ماتحتمل، طريقتى إنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل له، أى إنقاص التزام المدين أو زيادة التزام الدائن بالأداء الذى صار مرهقا، بفعل تغير الظروف.

وإنقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل له لايختلفان، من حيث النتيجة التى ترتبت على أى منهما، ولا من حيث الضوابط التى يجب أن تراعى عند إعمال أى منهما، ولا من حيث الصعوبات العملية التى تعترض القاضى فى إعمال أى منهما.

فمن حيث النتيجة، يترتب على إعمال أى من الوسيلتين تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين بفعل تغير الظروف الإقتصادية، عن طريق تحميل الدائن بجزء من هذا الإرهاق، يتمثل فى إجباره إما على إقالة المدين من جزء من التزامه، سواء من حيث الكم أو من حيث الكيف، كما فى الإنقاص، أو على دفع تعويض، نقدى أو عينى للمدين الذى صار التزامه مرهقا، كما فى حالة الزيادة.

---

(1) RENE DAVID, L`imprevision dans le Droit Europeen, Op. Cit., P. 219.

(2) ARTHUR HARTKAMP, Vers un nouveau code civil Neerlandais, R.I.D.C. 1982, 2, P. 319, No. 20.

ومن حيث الضوابط، يجب أن يراعى فى إعمال أى من الوسيلتين، أن يحمل المدين تبعة الإرهاق المألوف، أولا، ثم يعمل الحكم بعد ذلك، سواء كان الإنقاص أو الزيادة، على ضوء ذلك، أى على ضوء أن الإرهاق المألوف يتحمل به المدين، بحكم العرف. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لايمكن أن يتبنى القاضى طريقة إنقاص الإلتزام المرهق، أو طريقة زيادة الإلتزام المقابل له، إلا بالنسبة لإلتزام «قائم وفى سبيل التنفيذ. أما الإلتزام الذى تم تنفيذه، فقد انتهى الأمر بالنسبة له ولم يعد له وجود»(١)، وبالتالى، يغض القاضى عنه الطرف، حتى ولو إدعى من قام بالتنفيذ إرهاقا أصابه بفعل هذا التنفيذ.

وكما يهمل القاضى ماتم تنفيذه من إلتزام، فإنه لا ينظر إلى ماسيتم تنفيذه مستقبلا، فلا يعمل الزيادة أو الإنقاص إلا بالنسبة للحاضر، ولا شأن لها بالمستقبل، لأنها غير معروفة. فقد يزول أثر تغير الظروف الإقتصادية، فيرجع العقد إلى ماكان عليه قبل التعديل وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل(٢). وفى هذا الخصوص، تقول محكمة النقض المصرية، أنه فى حالة إعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطا «يجب على القاضى ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح، بسبب وقوع الطارىء غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة. أما باقى الأقساط المستقبلية، فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء»(٣).

---

(١) الدكتور عبدالمجيد عبدالحكيم - الغبن اللاحق وموقف القانون العراقى منه - البحث سالف الذكر - ص ٢١. وكذلك نقض مدنى مصرى بجلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ - المحاماة - س ٤٥ - ٥٩٤. وأيضا نقض مدنى بجلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ - مج نقض م - س ١٣ - ص ١١٧٩.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - جـ ١ - المجلد الأول - سالف الذكر - فقرة ٤٢١ - ص ٨٨١.

الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٧٠، ١٧١.

(٣) نقض مدنى بجلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ - فى الطعن رقم ٢٩/٢٦٨ ق - مج نقض م - س ١٥ - ص ٤٠٩ - رقم ٦٧.

وفى الأخير، فإن صعوبة تحديد مقدار الإنقاص هى نفس صعوبة تحديد مقدار الزيادة. ففى كلتى الحالتين يثور التساؤل عن النسبة التى ينقص بها القاضى التزام المدين، إن إختار وسيلة الإنقاص، أو يزيد بها حقه، إن إختار وسيلة الزيادة. وتأتى الصعوبة من أن التطويع يقوم على فكرة المشاركة فى الإرهاق وتوزيع عبئه على طرفى الرابطة العقدية، مما يثير البحث عن أساس هذه المشاركة.

أقام الدكتور السنهورى(١) هذه المشاركة على أساس المساواة بين طرفى الرابطة العقدية، أى تنصيف تبعة تغير ظروف ابرام العقد الإقتصادية بين الدائن والمدين. ومثل الدكتور السنهورى لوجهة نظره بالمثل الذى ضرب فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، وهو إرتفاع سعر أردب الشعير الذى تعهد التاجر بتوريده، من ستين قرشا إلى أربعة جنيهات، بفعل تغير الظروف التى أبرم العقد فى ظلها. وافترض الدكتور السنهورى أن الإرتفاع المألوف فى الأسعار هو عشرون قرشا لأردب الشعير، وهذه يتحملها المدين. أما مازاد على ذلك، وهو ثلاثمائة وعشرون قرشا، فيقسم مناصفة بين الدائن والمدين(٢).

وعلى نفس النهج الذى إختطه الأستاذ الدكتور السنهورى تسير محكمة النقض، فهى تذهب إلى أنه «متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء، فإن للقاضى سلطة تعديل العقد برد الإلتزام الذى صار مرهقا إلى الحد المقعول. وهو حين يختار، فى حدود سلطته التقديرية، الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه لايرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول، بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - المجلد الأول - المرجع السابق - فقر ٤٢١ - ص ٨٨٠.

(٢) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المرجع السابق - نفس الموضع السابق.

يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم مايزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما، بإعتبار أن ذلك أقسط فى مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما»(١).

لكن القول بالمناصفة، كأساس لتوزيع تبعة الإرهاق بين طرفى الرابطة العقدية لم يرض عنه - وبحق - بعض فقهاء القانون المدنى العرب. فيرى جانب من الفقه العربى أنه لايمكن «بحال أبدا أن توزع الزيادة غير العادية فى قيمة الإلتزام الناشئة بسبب حدوث الظروف الطارئة مناصفة فى جميع الحالات. فإن هذه القسمة الحسابية الجامدة لاتتناسب مطلقا مع مايجب فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة من المرونة ... وإذا كانت المادة ٢/١٤٧ تتطلب من القاضى «الموازنة بين مصلحة الطرفين» فإن مقتضى ذلك أن القاضى يجب أن يدخل فى إعتباره حالة كل من المتعاقدين وظروفه الشخصية، بل وثروته أحيانا، ومقدرة المدين بتنفيذ الإلتزام، بصفة خاصة، على تحمل الجزء الذى يلقيه على عاتقه من العبء الذى أحدثته الظروف الطارئة. ولا يمكن أن تتلاءم قسمة هذا العبء مناصفة بين المتعاقدين مع جميع الحالات، وذلك لأن الناس ليسوا جميعا على درجة واحدة من الثراء أو القدرة على تحمل الأعباء المالية»(٢). يؤيد ذلك أن «القانون لا يحتم المساواة فى الإشتراك، بل أوجب على القاضى أن يوازن بين مصلحة الطرفين، ويراعى الظروف، وأن يرد الإلتزام إلى الحد المعقول. وهذه المعايير تترك للقاضى سلطة فى تقدير النسب التى يجب أن يشترك بها المتعاقدان فى تحمل الخسارة»(٣). فـ «تقسيم الإلتزام المرهق على هذا النحو وتوزيعه مناصفة،

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٣/١ فى الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق - مج نقض م - س ٢٨ - ص ٦٠٠ - رقم ١١٠.

(٢) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - رقم ٤٨ - ص ٦٢، وأيضا بحثه الخاص بمجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - س ٢٩ - ع ٢ - ص ١٩٣.

(٣) أسعد الكوارتى - نظرية الحوادث الطارئة - سالف الذكر - ص ٢٥.

ليس له سند من القانون. فقد يكون التنصيف فى بعض الحالات أكثر ملاءمة لظروف القضية ومصلحة الطرفين، ولكنه لايمكن أن يتخذ معيارا يلتزم به القاضى»(١).

ونحن نضيف، تأييدا للرأى الأخير، أنه إذا كان اختيار هذه الوسيلة أو تلك من وسائل رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، أمرا متروكا لسلطة القاضى التقديرية، تبعا لظروف الحال، فإن مدى استعمال الوسيلة التى يختارها يجب أن يترك، أيضا، لسلطته التقديرية(٢)، مراعيا، فى ذلك، ظروف كل قضية على حدة. فالقاضى يوزع عبء «الخسارة الإستثنائية على المدين والدائن على النحو الذى يراه متفقا مع العدالة ومقتضيات حسن النية وبعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين. وليس يوجد فى المادة ٢/١٤٧ ماتحدد معه نسبة توزيع تلك الخسارة الإستثنائية»(٣).

فقد تجدى المناصفة فى بعض القضايا، ولكنها لا تجدى فى قضايا أخرى، فيكون القول بها، فى الأحوال الأخيرة، قيدا على سلطة القاضى يهدد العدالة، ويتناقض والحكمة من الفكرة.

وقد سار مجلس الدولة الفرنسى، فيما عرض عليه من منازعات تتعلق بتوزيع عبء الطارىء المفاجىء، على هذا النهج الأخير. حقا، إنه يحمل الإدارة بإعتبارها الدائن بالالتزام المرهق، أكبر قدر من الخسارة، إلا أنه لم

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٦٨.

(٢) ولاتتقيد هذه السلطة إلا فى الحالات التى يحدد فيها المشرع نسبة معينة للزيادة أو للنقصان، ويعتبرها، تحكميا، رافعة لحالة الإرهاق، كما فعل المشرع المصرى بموجب القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٢ الذى قسم العبء الطارىء عن صدور قانون الإصلاح الزراعى لمشترى الأرض قبل صدوره، مناصفة بين المشترين والبائعين.

(٣) الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى - نظرية العقد - المرجع السابق - بند ٢٧٩ - ص ٥٦١.

يضع نسبة معينة جامدة يسير عليها فى كل الأحوال(١). ففى بعض القضايا يحمل الإدارة ٨٠٪ من إجمالى الخسارة غير العادية، ويلقى على المدين نسبة ٢٠٪ من هذه الخسارة. لكنه فى قضايا أخرى يحمل الإدارة بنسبة ٩٥٪ من الخسارة غير العادية، ويحمل المدين بنسبة ٥٪ فقط منها. وفى معظم القضايا التى عرضت عليه لم يخرج مجلس الدولة الفرنسى عن حدود النسبتين السابقتين، أى لم يقل ما يحمله للإدارة عن ٨٠٪ لم يزد على ٩٥٪.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٦٩٨.

المبحث الثانى

تنفيذ العقد مقدما أو وقف تنفيذه مؤقتا

١٩٨ - يجد القاضى، فى بعض الأحيان، أن خير وسيلة لرد التزامات الرابطة العقدية إلى الحدود المعقولة، هى تنفيذ العقد مقدما. ففى بعض العقود الدورية التنفيذ، أو عقود المدة يكون المدين ملتزما بتوريد المادة المتفق عليها، بصفة دورية، أى على فترات متقطعة من الزمن. ويكون ذلك، أحياناً، بهدف جعلها تتوافق مع إحتياجات المستورد والتى تعتبر، بدورها، إحتياجات دورية. فإن حدث تغير فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، كأن تأخذ المواد محل التوريد فى الندرة، بسبب وباء أو حرب أو غيرهما، مما يؤدى إلى أن تتجه أسعارهما نحو الزيادة بخطوات سريعة ومستمرة. ولم تقف بعد عند حد، ولا يحتمل لها ذلك، حق للقاضى الذى يعرض عليه هذا النزاع أن يأمر بإلزام الدائن باستلام كل الكميات المتعاقد عليها قبل حلول أجلها، وذلك للتخفيف على المدين، بإبراء ذمته من كل ماعليه فى ظل سعر، بالفرض أنه سعر متوسط. فلو تعهد مربى فحول ودجاج بتوريد كميات معينة منها لقصاب أو تاجر دجاج بالجملة، على دفعات شهرية، لمدة سنتين أو ثلاث، ثم حدث أن انتشر وباء الطاعون بين الأبقار أو بين الدجاج(١). مما ترتب عليه ندرة الموجود من أى منهما، فيرتفع السعر، ويستمر فى الإرتفاع دون أن يقف، ولايتوقع له أن يقف، عند حد معين، الأمر الذى قد يؤدى إلى خسارة كبيرة للمدين لو لم يسمح له بتوريد مايقع على عاتقه مرة واحدة فى ظل السعر المتوسط قبل أن يصير الغلاء فاحشا فى موضوع التعاقد، يأمر القاضى بتنفيذ العقد مقدما. أيضا لو تعهد تاجر جملة بتوريد فواكهه من نوع معين سريع التلف لتاجر تجزئة، لفترة تبلغ السنة، مثلا، بسعر معين، ثم

---

(١) وهو مرض منتشر فى بلدان القارة الأفريقية بسبب الجفاف والتصحر وقلة العناية البيطرية.

صدر بعد ذلك قانون[١] يضع سعرا إجباريا لهذه السلعة يزيد كثيرا عن السعر المتفق عليه، ولكن حدد لسريانه تاريخ لاحق على إصداره، فإن القاضى يستطيع أن يأمر بتنفيذ العقد مقدما فى خلال الفترة اللاحقة على صدور القانون المذكور، والسابقة على تاريخ نفاذه، أى ينفذه فى ظل السعر المنخفض، وإلا سيترتب على الزام المدين بتوريد ما التزم بتوريده على دفعات خسارة له، لأن الفرض أن السلعة سريعة التلف،ولا يستطيع أن يخزن منها ماسوف يغطى مايقع على عاتقه من التزام، ويضطر إلى الشراء الدورى لما يلتزم به[٢].

وطريقة تنفيذ العقد مقدما ليست شائعة لا فى التشريعات ولا فى التطبيقات القضائية. ولكن، على العكس منها، هناك طريقة وقف تنفيذ العقد لمدة معينة، كوسيلة لرد التزامات الرابطة العقدية إلى الحد المعقول، والتى تعتبر أكثر شيوعا. فكلما يرى القاضى أن أسباب إختلال التوازن العقدى بين طرفى الرابطة العقدية أسباب وقتية يقدر لها الزوال فإنه يقرر وقف تنفيذ العقد، حتى تزول هذه الإسباب. «مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارىء، إرتفاعا فاحشا، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الإستيراد، فيوقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بإلتزامه

---

(١) لم يعد هناك شك فى أن صدور تشريع عن السلطة التشريعية يعتبر ظرفا جديدا، يبيح المطالبة بتطويع العقد. وقد تبلور هذا الرأى من الخلافات الفقهية التى ثارت عند صدور قانون الإصلاح الزراعى، ومما ترتب عليه من إنخفاض فى قيمة الأراضى الزراعية، والتى حسمتها محكمة النقض المصرية بالقول بأنه ليس هناك مايمنع من أن يعتبر القانون ظرفا طارئا. نقض مدنى بجلسة ١٩٦١/١٢/٧ فى الطعن رقم ٢٦/١٠٦ ق - مج نقض م - س ١٢ - ص ٧٥٢ - ق ١٢٥. ونقض مدنى بجلسة ١٩٦٢/٥/١٠ فى الطعن رقم ٢٦/٢٥٩ ق - مج نقض م - س ١٣ - ص ٦٢٩ - ق ٩٥.

(٢) وقد اخترنا هذين المثلين لأننا لانتفق مع مايذهب إليه الدكتور محمد عبدالجواد من أن الحكم بتنفيذ العقد مقدما لايكون إلا فى عقد القرض وحالة الدين (شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - ص ٦١٦)، بل نراه أوسع من ذلك ويمكن تطبيقه فى أى عقد، مادامت طبيعته تسمح بذلك.

دون إرهاق»(١)، بل ويمكن أن يحكم به القاضى فى كل «الحالات التى يقدر فيها أن الإرهاق الناتج عن حدوث الظروف الطارئة سوف يزول بزوال هذه الظروف فى وقت قريب. وفى ذلك الوقت ستعود الأمور إلى ماكانت عليه قبل حدوث هذه الظروف»(٢)، يستوى فى ذلك أن نكون بصدد عقد مقاولة، أو عقد توريد، أو عقد عمل، أو أى عقد آخر.

وقد طبق المشرع المصرى فكرة وقف تنفيذ الإلتزام، كأداة لرد الإلتزامات إلى الحدود المعقولة فى أكثر من موضع. فمثلا، نص فى المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدنى «على أنه يجوز للقاضى، فى حالات إستثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم»(٣).

---

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤٢١ - ص ٨٨٠.
الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ١٦٦.
حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٧٠٢، ٧٠٣.

(٢) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الإرهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - بند ٤٣ - ص ٦١٣.

(٣) وتطبيقا لذلك قضى بأن «فسخ العقد يخضع لتقدير قاضى الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلا للوفاء بالتزامه. ولئن كان الوفاء بالإلتزام فى غضون هذا الأجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ، فإن إنقضاء الأجل دون الوفاء بالالتزام لايوجب الحكم بالفسخ حتما إلا بنص فى القانون - ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من القانون المدنى - كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الذى كان يوجب الفسخ دون إنذار المشترى إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل إنقضاء الأجل - تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين. والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل الذى يجوز للقاضى أن يمنحه للمدين وفقا للفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدنى قد ورد على سبيل الإستثناء من الحق فى طلب الفسخ المقرر للدائن بالفقرة الأولى من النص السالف، وأن منح الأجل فى ذاته لايتضمن إعمال الشرط الفاسخ فى حالة إنقضاء الأجل الممنوح دون الوفاء» نقض مدنى بجلسة ١٩٨٤/٥/٢٢ فى الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ ق - مج نقض م - س ٣٥ - جـ ١ - ص ١٣٩٠ - ف ٢٦٨.

وأورد المشرع الفرنسى فى المادة ١٢٤٤-٢ سالفة الذكر من القانون المدنى ذات حكم الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى. ولم يقف المشرع الفرنسى عند هذا الحد، بل أصدر مجموعة تشريعات MORATOIRES(١)، أوقف، بمقتضاها، إجراءات تتبع المدين لفترة أو فترات محددة، وذلك فى حالة الحروب أو الأزمات الإقتصادية التى مرت بها فرنسا، وهو ما يمثل، فى نظرنا، تطويعا للرابطة العقدية عن طريق رد الإلتزامات إلى الحدود المعقولة، بوسيلة وقف التنفيذ مؤقتا. ونذكر من هذه ألـ MORATOIRES، على سبيل المثال، قانون ٥ أغسطس ١٩١٤، الصادر فى أعقاب الحرب العالمية الأولى، والذى أوقف استحقاق كل الديون، أيا كان المدينون، لفترة مؤقتة، وذلك كمواجهة من المشرع للطارىء الناشىء عن الحرب. كذلك نذكر، منها، الأمر القانونى الصادر فى أول سبتمبر ١٩٣٩، الذى عدل ثم إستكمل، فيما بعد، وبمقتضاه أوقفت إجراءات التتبع والتنفيذ فى حق المجندين ومسجونى الحرب حتى ستة شهور عقب الإفراج

= وعلى العكس من ذلك قضت بأنه لا يتأدى من تجنيد العامل «مد مدة عقد العمل المحدد المدة بقدر مدة التجنيد أو صيرورة هذا العقد غير محدد المدة» نقض مدنى بجلسة ١٩/٢/١٩٨٤ فى الطعن رقم ٨٧٦ لسنة ٤٨ ق - م نقض مج - س ٣٥ - جـ ١ - ص ٧١١ - ق ١٣٥.

(١) يرفض بعض الفقهاء الفرنسيين إعتبار الفقرة الثانية من المادة ١٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى، وكذلك تشريعات ألـ MORATIORES من أدوات مراجعة العقد لمواجهة الطارىء المفاجىء، فـ «ليس هناك محل لذكر المادة ١٢٤٤ التى تسمح للقاضى بمنح المدين نظرة الميسرة. ولا التشريع المتعلق بالموريتاريوم الذى يوقف إجراءات التتبع ضد كل المدينين أو ضد طبقة منهم: فى الحالة الأولى لايتثبت القاضى من الظروف الطارئة فى الواقعة، بل يكفيه أن يكون المدين فى ضائقة. ونفس الأمر بالنسبة للمورتاريوم المستوحاة من صعوبات ناشئة عن الحرب أو عن الأزمات تتعلق بتنفيذ العقد، لايوجد هناك بحث لما إذا كانت هذه الصعوبات متوقعة أم غير متوقعة»
ALEX WEILL et Francois TERRE, Les obligations, Op. Cit., P. 430, No. 383.

عنهم، ومنها قانون ٣١ يوليو ١٩٦٨، والصادر فى أعقاب أحداث مايو ويونيو ١٩٦٨، الذى مد بعض الآجال، من بينها آجال دفع بعض الديون(١).

وبالإضافة إلى وقف تنفيذ الإلتزام، مؤقتا، الوارد بالمادة ١٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى وبتشريعات المريتاريوم، أصدر المشرع الفرنسى، بمناسبة الحروب أو الأزمات، عدة قوانين يجمع الفقه الفرنسى على أنها تبنت أداة وقف الإلتزام كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، نذكر منها:-

- قانون فايو الصادر بتاريخ ٢١ يناير ١٩١٨ فى أعقاب الحرب العالمية الأولى، والذى سمح - إضافة إلى إمكانية فسخ العقود المبرمة قبل ١٩١٤ - بوقف تنفيذ الإلتزامات الناتجة عن هذه العقود، أو وقف البعض منها، إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه قد أصابته خسارة تجاوز كل التوقعات المعقولة لحظة إبرام العقد(٢).

- قانون ١٧ مايو ١٩١٩، الخاص بإيجارات السكنى، تضمن إداة وقف الإلتزام، إضافة إلى إمكانية فسخ عقد الإيجار.

---

(١) للإلمام بهذا النوع من التدخل التشريعى، وللتمييز بينه وبين نظرة الميسرة. أنظر:
JEAN CARBONNIER, Les obligations, Op. Cit., No. 61. P. 222.
ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE, les obligations, Op. Cit., P. 995 et suiv, No. 921 et suiv.

(٢) و «الحق أن اقتراح السيد/ فايو (واضع قانون ٢١ يناير ١٩١٨)، كان أكثر جراءة من النتيجة النهائية لمناقشات المجالس. فهو قد واجه ثلاثة حلول: الفسخ - المراجعة - الإيقاف ...... وقد رفض الحل الخاص بالمراجعة من قبل المجالس على أساس أنه يتعارض من القانون العام».
EMERENTIENN de GAUDIN de LAGRANGE, L`intervention du juge dans le contrat, these, Op. Cit., P. 117, No. 27.

- قانون ٢٣ ابريل ١٩٤٩ الصادر فى أعقاب الحرب العالمية الثانية، والذى تضمن أحكاما تقضى بوقف تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقود المبرمة قبل الثانى من سبتمبر ١٩٣٩، فضلا عن إمكانية فسخ هذه العقود.

وفى القانون المغربى نص المشرع، هناك، فى الفصل ٢/٢٤٣ من مجلة العقود والإلتزامات، على أنه «يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع إستعمال هذه السلطة فى نطاق ضيق، أن يمنحوه (أى المدين) آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها». وقد انتقل هذا النص إلى المادة ٢/٢٦٠ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

وفى القانون البولونى، تعطى المادة ٢٦٩ من قانون الإلتزامات للمحكمة إمكانية «تعينن طريقة تنفيذ الإلتزام». وتفسر هذه المادة على أنها تسمح للقاضى بأن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق الأمر بتنفيذ الإلتزام مقدما، أو عن طريق وقف تنفيذه مؤقتا. ففى عقد القرض المعقود بفائدة مرتفعة ولمدة معينة، يستطيع القاضى، إذا ظهرت بوادر حالة كساد يترتب عليها ارتفاع مستمر فى القوة الشرائية للنقود وانخفاض فى سعر الفائدة، مما قد يؤدى إلى خسارة للمدين بالقرض، أمكن أن يأمر القاضى بتنفيذ التزامات المدين مقدما، وقبل أن تنقضى مدة العقد. أما إذا كان الملتزم، بصفة عامة، يواجه صعوبات شديدة فى التنفيذ، لكن ينتظر لها أن تزول فى فترة قريبة، استطاع القاضى أن يأمر بوقف تنفيذ الإلتزام مؤقتا حتى تمر هذه الصعوبات.

ونفس الحكم الوارد فى القانون البولونى نستطيع تقريره بالنسبة للقانون الإيطالى. ففى هذا القانون تنص المادة ١٤٦٧ على «أنه إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الإلتزام أن يطلب فسخ العقد، وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق والعدالة». ولكن هناك فارقا جوهريا بين القانونين، هو أن مشروع التعديل بتنفيذ العقد مقدما أو بوقف تنفيذه مؤقتا، يقدم فى القانون الإيطالى من الدائن ليتحاشى، بموجبه، طلب فسخ العقد المقدم

من المدين، وإن كان هذا المشروع لايصير نافذا إلا إذا اقره القاضى، متى بدا له أنه «يتفق مع العدالة»، وذلك فى الوقت الذى يكون فيه المشروع والقرار من سلطة القاضى، فى القانون البولونى. ففى هذا القانون الأخير يقوم القاضى بتقدير ثم تقرير تنفيذ العقد مقدما أو وقف تنفيذه مؤقتا.

وإذا انتقلنا إلى القانون الهولندى نجد أن المادة ٦-٥-٣-١١ تقضى بإمكانية «تعديل العقد» لمواجهة تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم هذا العقد فى ظلها. فهى تعطى للقاضى، إضافة إلى الوسائل الأخرى لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، إمكانية تبنى وسيلة تنفيذ العقد مقدما أو وقف تنفيذه مؤقتا، إن رأى أن هذه الوسيلة أو تلك، هى أنسب وسيلة لعلاج المشكلة.

وفى وسيلة تنفيذ العقد مقدما أو وقف تنفيذه مؤقتا، يثور التساؤل عن الإلتزامات واجبة التنفيذ. وهل يجب تنفيذ الإلتزام المتفق عليه فى العقد، كما ونوعا وجودة أم ماذا؟.

بداية، نقول أنه ليس هناك مايمنع القاضى من تبنى أكثر من وسيلة من وسائل رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، إذا مابدا له أن فى هذا الجمع خير طريقة لتحقيق العدالة. فالقاضى قد يأمر بتنفيذ العقد مقدما، وبصنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه فى العقد، أو مع إنقاص التزام المدين، أو مع زيادة التزام الدائن، أو غير ذلك. وهذه الإمكانية المخولة للقاضى أمر يخرج عن التساؤل السابق. فهذا التساؤل يفترض أن القاضى إختار، فقط، طريقة تنفيذ العقد مقدما، أو طريقة وقف تنفيذ العقد مؤقتا، ويتطلب إجابة عن أثر هذا الإختيار على الإلتزام واجب التنفيذ.

الحق، أن هذه المشكلة لا تثور، أو على الأقل، يجب ألا تثور، إن كنا بصدد وسيلة تنفيذ العقد مقدما، مادام القاضى فضلها كوسيلة وحيدة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، يستوى فى ذلك عقد المدة مع العقد الفورى مؤجل التنفيذ، ويجب على المدين أن يقوم بتنفيذ مافرضه العقد على عاتقه من التزامات، بنفس الكم، ومن نفس النوع، وعلى نفس الدرجة من الجودة المتفق

عليها فى العقد، ويجب على الدائن أن يقبل هذا التنفيذ.

وعلى العكس من ذلك، إن إختار القاضى وسيلة وقف تنفيذ الإلتزام مؤقتا، كأداة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول تثور مشكلة الإلتزامات التى سيقوم المدين بتنفيذها فيما بعد، فى عقود المدة. والسبب فى ذلك أن فى عقود المدة يكون الزمن محل اعتبار بين المتعاقدين، إذ تتحدد فى ضوئه كمية الإلتزامات التى تقع على عاتق كل طرف من طرفى الرابطة العقدية. فمثلا، تكون فى عقد العمل المبرم لمدة سنتين التزامات رب العمل والتزامات العامل محددة فى ضوء مدة السنتين هذه، وبذلك تتغير هذه الإلتزامات أو تلك من حيث كمها فيما لو أن العقد كان مبرما لفترة أقصر كسنة، مثلا، أو لفترة أطول، كثلاث سنين مثلا. ومن هنا يكون لوقف تنفيذ مثل هذا الإلتزام أن يثير الشك حول كم الإلتزامات الواجبة الآداء، لأن الوقف معناه مرور فترة من الزمن، قد تطول، كثيرا أو قليلا، عن الفترة الزمنية للعقد، فى الوقت الذى كانت فيه الفترة الأخيرة محل إعتبار بين الطرفين.

يذهب الفقه إلى أن وقف تنفيذ العقد مؤقتا لايؤثر فى كم التزامات المدين واجبة الأداء. فمهما كانت المدة التى قررها القاضى لصالح المدين، يظل كم الأداء بدون تغيير: «فى حالة وقف تنفيذ العقد وامتداده وتنفيذه مقدما تظل الإلتزامات التبادلية الناشئة عن العقد كما هى دون تعديل. ولكن التعديل ينصب على وقت التنفيذ فقط»(١). فالحكم «بوقف تنفيذ العقد لا يمس، فى الواقع، مضمون هذا العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتظل الإلتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت»(٢). ويجد هذا القول تبريره فى أنه هو الذى يتفق مع فكرة الرد،

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الإرهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - فقرة ٣٩ - ص ٦٠٧ - وفقرة ٤٣ - ص ٦١٤.

(٢) الدكتور حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٧٠٢، ٧٠٣.

إذ لو قيل بغير ذلك لأدى بنا الأمر، فى بعض الأحوال، إلى الإنتقال من مجال رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إلى مجال إنهاء الإلتزام. والإنهاء وسيلة أخرى من وسائل تطويع العقد، تختلف عن الوسيلة التى نحن بصددها. ولذلك، لو قيل أن مرور الزمن، فى حالة وقف تنفيذ العقد مؤقتا، يؤدى إلى انقضاء الإلتزامات بقدر مايمر من الزمن، لانتهى بنا الحال، فى المثال المذكور عاليه والخاص بعقد العمل المبرم لمدة سنتين، إلى أن نخرج من مجال رد الإلتزامات المرهقة إلى الحدود المعقولة وندخل فى مجال إنهاء العقد، لو كانت مدة الوقف التى قررها القاضى تصل إلى المدة المتبقية من السنتين، وهو مايتنافى مع هدف تبنى الأخير لفكرة وقف تنفيذ الإلتزام مؤقتا كأنجع أداة لتطويع العقود(١).

والحق أن الوقف للتطويع يختلف عن الوقف الناتج عن الدفع بعدم التنفيذ. ذلك أن الطرف الموقوف التنفيذ ضده، فى الحالة الأخيرة، هو السبب فى الوقف، الأمر الذى يقتضى أن يؤثر الوقف فى حقوقه. أما فى الحالة الأولى، فإن الوقف لايرجع إلى فعل أى من المتعاقدين، وإنما هو كان بفعل الظروف الإقتصادية المتقلبة، وما إقتضته قواعد العدالة. وهذا يؤدى، منطقيا، إلى القول بأن وقف التنفيذ، حالئذ، لا يؤثر لا فى كم الإلتزامات ولا فى نوعها، ولا فى جودتها.

---

(١) وبهذا يختلف الوقف الناتج عن تطويع العقد لملائمة الظروف الإقتصادية عن الوقف الناتج عن الدفع بعدم التنفيذ:

(EXCEPTIO NON ACMIMPLETI CONTRACTUS)

المنصوص عليه فى المادة ١٦١ من القانون المدنى المصرى والمادة ٤٨ من المشروع الفرنسى الإيطالى، فى أنه فى العقود الزمنية يترتب على وقف التنفيذ إنقضاء فى الإلتزامات المتولدة عن هذه العقود يوازى المدة التى أوقف فيها العقد، وذلك متى كنا بصدد الوقف المترتب على الدفع بعدم التنفيذ، على عكس مارأيناه فى المتن عند الكلام عن الوقف المقضى به كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ١٠٢٠ - بند ١٠٠٥.

المبحث الثالث

إمتداد العقد

١٩٩ - يقصد بإمتداد العقد إطالة الفترة الزمنية اللازمة لتنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه. فهو «وسيلة لاتترك للعقد فرصة الإنقضاء بطريق الوفاء فى الموعد المضروب، وإنما تدفعه إلى الإستمرار فى حالة التنفيذ إلى فترة أخرى، تبدأ بعد نهاية المدة المحددة للتنفيذ بإرادة الطرفين المتعاقدين»(١). وبذلك يختلف الإمتداد عن الوقف فى أن الأخير يكون فيه العقد، وطوال مدة الوقف، فى حالة سكون واسترخاء بدون أخذ ولا عطاء، ثم تبعث فيه روح الحركة مرة أخرى بعد إنتهاء مدة الوقف، فى حين أن الأول تظل فيه روح الحركة طوال مدة العقد، ولمدة أخرى، تبدأ من نهاية مدته الإتفاقية.

ويمكن، فى القانون المصرى، تفسير المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى، التى تعطى القاضى حق رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، على أنها تسمح للقاضى بأن يمد فترة تنفيذ العقد، إذا ما بدا له أن فى هذا المد خير وسيلة لرفع الإرهاق عن كاهل المدين. ففى عقد توريد المواد الأولية، مثلا، لو ارتفع سعر هذه المواد ارتفاعا فاحشا بسبب الحرب، أو لأى سبب آخر، ولكنه ارتفاع مؤقت بسبب أن الحاجة إلى هذه المادة حاجة فصلية، كمواد التدفئة مثلا، أو لأن الحرب ستضع أوزارها، وأن الأمور ستعود، بالتالى، إلى ماكانت عليه، بل، وإن هبوطا ملحوظا فى أسعار هذه المواد سوف يحدث، آن عاجلا أو آجلا، فإن القاضى الذى يرى أن المدين نفذ قسطا كبيرا من الإلتزام الواقع على عاتقه، فى الوقت الذى كان فيه السعر مرتفعا، وإن الجزء الباقى قليل للغاية، يأمر بالإستمرار فى تنفيذ العقد، وبامتداد تنفيذه لفترة أطول من

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٧١٤.

الفترة المتفق عليها فى العقد، حتى يصيب المدين بالتوريد من السعر المنخفض ربحا يغطى ما تعرض له من خسارة خلال توريداته التى تمت فى ظل السعر المرتفع.

ولقد حاول بعض الفقهاء أن يحد من نطاق إعمال أداة الإمتداد كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، فذهب إلى أن إمتداد العقد، على عكس وقفه الذى يمكن إعماله أيا كانت طبيعة هذا العقد، لايمكن أن يجد مجالا له إلا فى العقود الدورية التنفيذ أو المستمرة التنفيذ، وذلك إستنادا - على مايبدو - إلى أن إمتداد العقد يتضمن فى كل الأحوال، مدة إضافية، تقابلها بالضرورة إضافات فى كم الإلتزامات الناشئة عنه(١).

وحاول البعض الآخر إنكار فكرة إمتداد العقد كلية، وذهبوا إلى إحلال فكرة العلاقة الفعلية محلها، على أساس أنه «قد يحدث أن يستغنى المشرع عن فكرة العقد بفكرة جديدة هى فكرة العلاقة الفعلية وذلك حين يمد المشرع عقودا لا تزال فى دور التنفيذ، فيأمر ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد إنتهاء المدة المحددة للإيجار. ومعلوم أن بقاء المستأجر فى العين المؤجرة بأمر القانون بعد إنقضاء المدة. لا يعد عقدا، بل مجرد علاقة واقعية، ومن ثم، فإن مايستحقه صاحب العين المؤجرة من شاغل العين لا يعد أجرة، بل تعويضا عن شغل العين»(٢). ويشير هذا الرأى إلى تشبيه أورده سافاتييه، عند تحليله لفكرة إمتداد العقد، إذ يقول الأخير أنه لايوجد فى حالة الإمتداد عقد فى الحقيقة، وإنما أقيم شىء آخر مكانه. هذا الشىء هو «علاقات تنام فى فراش العقد، فتتمتع بمزاياه، وتكون لها فاعليته، فتنتج التزامات شبيهة

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - ص ٦١٥ - فقرة ٤٤.

(٢) الدكتور عبدالحى حجازى - أثر العوامل الاقتصادية والإجتماعية فى العقد - الحلقة الدراسة الثالثة للقانون والعلوم السياسية (بغداد ١٩٦٩) - كتاب المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الإجتماعية - الجزء الثانى - طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب (١٩٧٢) - ص ٢٨ - فقرة ٢٣.

بالإلتزامات التى ينشئها العقد»، ويستأنس به(١).

وفى فرنسا، أيضا، أنكر بعض الفقهاء فكرة إمتداد العقد، على أساس أن مايسمى بإمتداد العقد هو نوع من التجديد القضائى له(٢).

ولكن لم يصادف القبول أيا من فكرتى «إنكار إمتداد العقد» و «تقييد إمتداد العقد». فما يذهب إليه الرأى القائل بتقييد فكرة إمتداد العقد يقوم على ضرورة التلازم بين إطالة مدة تنفيذ العقد، وزيادة الآداءات الناشئة عنه. ولكننا نرى أنه ليس من الضرورى أن يلازم الإمتداد زيادة فى كم الآداءات الناشئة عن العقد، بل قد يمتد العقد مع إحتفاظه بكم الإداءات المتفق عليها بين طرفيه منذ لحظة إبرامه. ولذلك فإننا نرى أن الإمتداد يصيب كل العقود التى تخضع لفكرة التطويع بغض النظر عن طبيعة هذه العقود. ولكن نلاحظ - مع ذلك - أن فى العقود الدورية التنفيذ أو المستمرة التنفيذ يؤدى الإمتداد إلى زيادة فى كم الإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلى، كما فى إمتداد عقود إيجار الأماكن الذى يترتب عليه زيادة كم التزامات المستأجر من دفع الأجرة والمحافظة على العين المؤجرة، وغيره من الإلتزامات، كما يترتب عليه زيادة إلتزامات المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة، ومنع التعرض له فى هذا الإنتفاع وغيره من الإلتزامات. ويقاس على ذلك عقد إيجار الأراضى وعقد العمل وعقد التوريد، وغيره من العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ. أما فى العقود الفورية التنفيذ، لا تعد زيادة كم الإلتزامات المحددة أصلا فى العقد من مقتضيات إمتداد هذه العقود(٣). ففى عقد البيع المقسط

---

(١) الدكتور عبدالحى حجازى - اثر العوامل الإقتصادية والإجتماعية فى العقد - سالف الذكر - نفس الموضع.

(2) STAYANOIVICH, De l'intervention du juge dans le contrat en cas du survenance de circonstances imprevuees, these, Aix, 1941, P. 138.

أشار إليه الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الإرهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - ص ٦١٥.

(٣) وقد قلنا، فيما سلف، أنه لايوجد مايمنع من خضوع العقود الفورية للتطويع مادامت قد تغيرت الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، فى الفترة مابين ابرام العقد وتنفيذه.

الثمن فيه بإتفاق الطرفين، مثلا، وهو من العقود الفورية، على الرغم من تقسيط الثمن، لو فرض وجدت ظروف تؤدى إلى أن أداء المشترى للأقساط على النحو المتفق عليه فى العقد يصيبه بإرهاق شديد يمكن أن يقود إلى تطبيق فكرة التطويع، يستطيع القاضى، لو عرض عليه هذا الأمر، أن يمد الفترة المحددة لتنفيذ آخر قسط، بتوزيع ثمن المبيع على عشرين قسطا مثلا بدلا من عشرة أقساط، حسب اتفاق المتعاقدين، مع الإحتفاظ بالمدة الزمنية التى تفصل بين كل قسطين. ويكون القاضى بذلك قد ضاعف، تقريبا، الفترة الزمنية المحددة أصلا للتنفيذ دون أن يزيد فى كم التزامات المشترى.

أما ما يقول به الرأى الثانى من إحلال «العقد الفعلى» أو «العقد الواقعى» محل امتداد العقد. فيقوم - فى نظرنا - على إغفال أن كل العلاقات علاقات فعلية. فوجود الإنسان فى الجماعة يترتب عليه إرتباطه بعلاقات متعددة ومتنوعة، بقدر تعدد حاجاته وتنوعها، وذلك مع بقية أفراد مجتمعه، أو مع البعض منهم. وهى فى الواقع «علاقات فعلية» أو «علاقات واقعية». لكن ماهو التكييف القانونى لهذه العلاقات، عقود، مسئولية تقصيرية، إثراء بلا سبب، أم إرادة منفردة؟. حقا، لقد ظهرت «فكرة الفعلية» هذه ودخلت حيز القانون، لكن ليس كنظام قانونى، وإنما كحيلة قانونية، يلجأ إليها الفقه عندما يتعذر عليه أن يدخل علاقة ماتحت نظام قانونى محدد. فعندما تعذر على الفقه التوفيق بين قيام بعض المرافق بإسداء خدمات للجمهور لفترة طويلة وبين الأثر الرجعى لبطلان نظام إنشاء المرفق، قال بالمرفق الفعلى أو المرفق الواقعى. وعندما تعذر على الفقه التوفيق بين قيام العامل بأداء العمل لدى صاحب العمل لفترة طويلة وبين بطلان عقد العمل بأثر رجعى، أو سكنى المستأجر الدار المؤجرة بعقد باطل، لفترة من الزمن، قال بالموظف الفعلى أو بالعقد الفعلى أو العقد الواقعى، لتبرير الإلتزامات التى نشأت طوال فترة وجود العقد الذى تقرر بطلانه بأثر رجعى. فنحن، إذن، فى مواجهة حيلة قانونية، لا فى مواجهة نظام قانونى. ولما كانت الحيلة لا تعمل إلا فى حدودها، أى عندما لانجد نظاما قانونيا يستوعب أو يولد النتائج القانونية المراد الوصول

إليها من فكرة ما، فيكون الإستناد إلى الحيلة محل نظر، عندما تكون لدينا نظم قانونية، كفكرة امتداد العقد، تستوعب أو تولد هذه النتائج. ومن هنا، فإننا نرى أن فكرة العقد الفعلى أو العقد الواقعى لا تحل محل إمتداد العقد، وإن كانت تصلح لعلاج آثار العقد الذى تقرر بطلانه بأثر رجعى. فمن وجهة نظرنا، لا حاجة إلى نقل فكرة العقد الفعلى أو العقد الواقعى من بطلان العقود إلى امتداد العقود، لاختلاف النظامين كل عن الآخر.

أيضا، فإن القول بأن إمتداد العقود هو نوع من التجديد القضائى، يجعلنا نقصر فكرة الإمتداد على العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ، دون العقود الفورية التنفيذ، مع أننا قد رأينا فيما سبق أن الإمتداد يمكن إعماله بالنسبة لكل العقود التى تخضع للتطويع، بغض النظر عن طبيعة هذه العقود. ولذلك فإن ما آخذ على الرأى السابق ينطبق هنا، أيضا.

صفوة القول، أن الإمتداد كوسيلة من وسائل تطويع العقد «لايعدم كل أثر للإتفاق المبرم بين الطرفين، بل يظل العقد ساريا ينظم العلاقة بينهما»(١).

٢٠٠ - ولقد طبق المشرع المصرى، فى حالات كثيرة، وسيلة إمتداد العقد سواء فى عقود إيجار الأماكن، أو فى عقود إيجار الأراضى الزراعية، وخاصة بعد الحربين العالميتين(٢). ففى خصوص عقود إيجار الأماكن، تنص المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، السارى الآن، على أنه «لايجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر ولو إنتهت المدة المتفق عليها فى العقد ......». وهذا القانون يعتبر إمتدادا لمجموعة من القوانين الصادرة فى هذا الشأن. وفى شأن الأراضى الزراعية تنص المادة ٣٧ من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الإصلاح الزراعى على أنه «مع مراعاة الأحكام السابقة واستثناء من أحكام المادتين ٥٠٩، ٥٩٨ من القانون المدنى، لا يجوز إخراج من كان يزرع الأرض بنفسه سواء أكان مستأجرا أصليا أم مستأجرا من الباطن وفى الحالة الأخيرة تقوم العلاقة بين المستأجر من الباطل والمالك(٣).

---

(١) الدكتور محمد الشيخ عمر - العلاقة التأجيرية بين الإطلاق والتقييد وتطبيقاتها فى المملكة العربية السعودية - نشر إدارة البحوث والإستشارات بمعهد الإدارة العامة بالرياض - طبعة ١٣٩٨هـ - ص ٥٠.

(٢) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - ص ٦١٥.

(٣) لكن «إمتداد عقود إيجار الأراضى الزراعية إمتدادا قانونيا بعد إنتهاء المدة المتفق عليها فيها إنما ينصرف إلى عقود إيجار الأراضى الزراعية التى تزرع بالمحاصيل الحقلية العادية. أما عقود الأراضى المزروعة حدائق فلا تخضع لحكم تلك المادة (المادة ٣٥ -

وفى فرنسا، تدخل المشرع وأجرى تعديلا على مدة العقود بالمد، وذلك بموجب عدة قوانين، نذكر منها، على سبيل المثال، قانون أول سبتمبر ١٩٤٨(١)، الخاص بإيجار الدور المخصصة للسكنى، والذى نص، فى مادته الأولى، على بقاء المستأجرين فى الأعيان المؤجرة بالرغم من إنتهاء عقود إيجارهم(٢). وكذلك الحال بالنسبة لعقود إيجار الأماكن لأغراض تجارية، إذ يحق للتاجر أن يبقى فى العين المؤجرة حتى ولو إنتهت مدة الأجرة. وفى خصوص إيجار الأراضى الزراعية، نذكر المواد ٧٩٠ ومابعدها من القانون الزراعى، والتى منحت الفلاحين حق تجديد عقود الإيجار للأراضى الزراعية. وهذه الأمثلة تعتبر تطبيقات لفكرة التطويع، لأن مادفع المشرع الفرنسى إلى ذلك هو التغيرات الإقتصادية والإجتماعية التى أصابت المجتمع الفرنسى فيما بعد الحرب العالمية الأولى.

وفى قانون الإلتزامات البولونى، تعطى المادة ٢٦٩ منه للمحكمة سلطة «تعيين طريقة الإلتزام» إذا ماجدت حوادث طارئة، وتلزم المادة ١٤٦٧ منه، الدائن بأن «يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق والعدالة» أن أراد أن يتحاشى طلب الفسخ المقدم من المدين المتضرر من جراء الظروف المتغيرة. ويمكن تفسر هاتين المادتين على أنهما تتضمنان وسيلة إمتداد العقد، من بين وسائل رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

- من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى، معدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦). ففى هذه الحالة تتدخل إرادة العاقدين فى شأن تحديد المدة وتقدير الأجرة بما يكون أوفى بمقصودهما والغاية من التعاقد، وأدنى إلى الموازنة بين الإلتزامات والحقوق المتبادلة» نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٤/٤ فى الطعن رقم ٥ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - س ٢٨ - ص ١١٢٥ - ف ١٩٤.

(١) كانت البداية فى إجراء مد عقود الإيجار بعد إنتهاء مدتها فى فرنسا عند صدور قانون ٩ مارس ١٩١٨.

JACQUES FLOUR et JEAN-LUC AUBERTY, L`acte juridique, Op., Cit., P. 318, No. 411.

(٢) كذلك أدت أزمة السكن فى إنجلترا بالمشرع الإنجليزى إلى التدخل فى العلاقة بين المؤجر والمستأجر، ليمد عقود الإيجار السارية. وكان أول تدخل، هناك، فى عام ١٩١٥ بموجب قانون فوائد الرهن والإيجار. ثم أخذت تعديلات هذا القانون تتوالى تباعا، حتى صدر قانون تعديل الأجرة فى عام ١٩٥٧، وتولى تعديل القوانين القديمة فى شأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. وهو مازال سارى المفعول حتى الآن. الدكتور محمد الشيخ عمر - العلاقة التأجيرية بين الإطلاق والتنفيذ - المرجع السابق - ص ٣٨.

وفى القانون الهولندى، تقضى المادة ٦-٥-٣-١١ بإمكانية «تعديل العقد» إذا ماجدت ظروف إقتصادية تغاير الظروف التى أبرم العقد فى ظلها، وهو مايمكن تفسيره على أنها تخول القاضى، من بين الوسائل التى تمكنه من رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وسيلة إمتداد العقد، يستعملها إن رأى أن هذا الإمتداد هو أقرب الوسائل لتحقيق العدالة بين طرفى الرابطة العقدية.

المبحث الرابع

تحول العقد

٢٠١ - رأينا، فى المباحث الثلاثة السابقة، أن عبارة «يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول»(١) يمكن أن تفسر على أنها تمنح القاضى سلطة انقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل له، أو تنفيذ العقد مقدما، أو وقف تنفيذه مؤقتا، أو مده لفترة أخرى بعد نهاية الأجل المضروب له، أو الجمع بين وسيلتين أو أكثر من بين هذه الوسائل. لكن يثور التساؤل عندما نفكر فى جعل «تحول العقد» وسيلة من الوسائل التى نضعها تحت بصر القاضى، حينما يعرض عليه أمر تطويع العقد ليتلاءم مع الظروف الإقتصادية المتغيرة، عما إذا كانت عبارة «يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول» والعبارات المقابلة لها فى التشريعات الأجنبية تحتمل التفسير على أنها تتضمن، من بين ماتتضمن من وسائل، تحول العقد؟.

ويساعد على إثارة هذا التساؤل، بالنسبة لنا، تضمين القانون المدنى المصرى نصا فى البطلان يجيز تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، عند توافر شروط معينة، هو نص المادة ١٤٤ الذى يقضى بأنه «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد»(٢)،(٣). فهل يجوز لنا قياس حالة العقد بعد تغير

---

(١) والعبارات المقابلة لها فى قانون الإلتزامات البولونى والقانونى المدنى الايطالى والقانون المدنى الهولندى والتشريعات المؤقتة التى صدرت فى فرنسا لهذا الشأن.

(٢) راجع فى تحول العقد الباطل أو القابل للابطال:

الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٦٥٨ ومابعدها - بند ٢٠٥ ومابعده.

GERARD FARJAT, Droit prive de l`econemie, Op. Cit., P. 309, No. 310.

JACQUES GHESTIN, Le contrat, Op. Cit., P. 743, No. 873.

(٣) وقد نص قانون الإلتزامات والعقود المغربى، فى الفصل ٣٠٩، على أنه «إذا أبطل الإلتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط مايصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الإلتزام الأخير». وقد انتقل هذا النص إلى المادة ٢٢٢ من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

الظروف الإقتصادية التى ابرم فى ظلها على بطلان العقد أو إبطاله؟، بمعنى أنه لو أدت التغيرات الطارئة فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها إلى أن يصبح تنفيذ هذا العقد، بالشروط والحالة المتفق عليها بين الطرفين، مرهقا للمدين إرهاقا شديدا، ولكن، وفى نفس الوقت، أدت هذه التغيرات إلى أنه يمكن تغيير التكييف الأولى للعقد والباسه تكييفا جديدا، يتلاشى معه إرهاق المدين، أى يؤدى تنفيذه كعقد. آخر إلى الحفاظ على التوازن الإقتصادى الأولى لالتزامات طرفى الرابطة العقدية. فهل يمكن القول بالتحول؟

بداية نذكر بأنه ليس بخاف علينا الفارق بين الوضعين: ففى البطلان يكون العقد مختلا منذ بداية الأمر[١]، إختلالا جوهريا أو إختلالا ثانويا، حسب الأحوال، ولكنه يكون، ومنذ البداية أيضا، متضمنا عناصر عقد آخر. أما فى تغير الظروف فيكون العقد الآخر أمرا حادثا، أى لا يتضمن العقد الأولى عناصره، وإنما هو بعناصره قد ولد مع تغير الظروف الإقتصادية التى صاحبت ابرام العقد الأصلى. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، يهدف التحول المنصوص عليه فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى المصرى إلى تجنب هدم هذه الرابطة العقدية، فى وقت يثبت فيه أن نية طرفيها تعارض هذا الهدم[٢]، إذ أنها كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد الجديد لو علمت، فى بداية الأمر، ببطلان العقد الأولى، أو بقابليته للإبطال. أما فكرة التطويع فإنها تهدف إلى رفع الإرهاق الذى يحيق بأحد الطرفين نتيجة لتغير يحدث فى الظروف المحيطة بالرابطة العقدية، دون أن يصل إلى تجنب تهدم عقد أو إندثاره.

لم تمنع هذه الفروق الفقهاء من القول بإمكانية تبنى القاضى «تحول العقد» كوسيلة يرد بها الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، جريا وراء تطويع

---

(١) هذا فى القانون المصرى. أما فى القانونين المغربى والموريتانى فإن عبارة «إذا أبطل الإلتزام» تغطى الإختلال الذى يعترى الإلتزام منذ البداية وتغطى، أيضا الإختلال الذى يحدث فيما بعد.

(٢) هذا فى القانون المصرى. أما فى القانونين المغربى والموريتانى فإنه لايشترط أن تنصرف نية الطرفين إلى الالتزام الجديد. فالنصان لايحتملان شيئا من ذلك.

العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية المتغيرة، عندما يتبين له أن التحول هو خير وسيلة لإعادة التوازن بين الأداءات العقدية. فيذهب البعض إلى أن رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول يمكن إجراؤه عن طريق تحول العقد، إضافة إلى الطرق سالفة البيان(١). ويضرب صاحب هذا الرأى، لذلك، مثلا، الهبة بعوض المنصوص عليها فى المادة ٤٨٦/٢ من القانون المدنى المصرى. فهذه المادة تنص على أنه يجوز للواهب، دون أن يتجرد من نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين(٢). فلو فرض واشترط الواهب فى عقد الهبة مقابلا، يتمثل فى إسكانه وإطعامه مدى الحياة، وأن هذا المقابل لم يكن يمثل، وقت ابرام العقد، شيئا يذكر بالنسبة لإيراد الشىء الموهوب. لكن حدث تغير فى الظروف الإقتصادية التى ابرم، فى ظلها، عقد الهبة هذا، ترتب عليه أن صار مقابل الهبة يستغرق الإيراد المتولد عن الشىء الموهوب ويحتاج إلى بيع شىء من الأصل سنويا لتكملة هذا المقابل. وعندما يعرض أمر هذا العقد على القاضى، فإن القاضى سوف يفصل فى أى نزاع يثور بشأنه على أساس أنه عقد بيع تام، وذلك لتساوى العوضين فيه، تقريبا. ولذلك، فإن كان الطرف المدعى، بشأن هذا العقد، يطلب تطويعه لملاءمة الظروف الإقتصادية، رد طلبه لتخلف شرط جوهرى، هو شرط الإرهاق، وهو الشرط الذى يعنى إختلال التوازن القائم بين العوضين إختلالا جسيما. «ولكن إذا أوغل القاضى داخل العقد بحثا عن القصد الحقيقى للمتعاقدين، فسيجد أن هناك «نية التبرع» تكمن فى نصوص العقد. ومن هذه الناحية سيتضح له بجلاء أن هناك إرهاقا قد وقع بالفعل، يتمثل فى الزيادة الهائلة التى أدت إلى إرتفاع قيمة العوض فى عقد الهبة حتى حولته إلى عقد بيع. فإذا رغب القاضى فى رد الإلتزام المرهق، فلن يتسنى له القيام بهذا الرد، إلا إذا غير أولا من طبيعة الإلتزام العقدى الذى تعلق به عنصر الإرهاق. فبدلا من أن يكون إلتزاما فى عقد بيع يصير إلتزاما

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٧١٦.

(٢) والمعيار المميز بين الهبة بمقابل والبيع هو نية التبرع. فمن مقتضيات عقد الهبة وجود نية التبرع لدى الواهب.

فى عقد هبة مشروطة بعوض. ولذا فليس من سبيل إلى تغيير طبيعة هذا الإلتزام، لإمكان رد الإرهاق سوى عن طريق تحويل عقد البيع إلى هبة مشروطة بعوض، ثم العمل، بعد ذلك، على انقاص قيمة هذا العوض حتى تصبح أدنى بكثير من قيمة الشىء الموهوب»(١).

ومفهوم الفكرة السابقة عن تحول العقد، بهدف تطويعه لمواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، يقوم على أن عقد الهبة بمقابل يتحول إلى عقد بيع تام إذا تساوى المقابل المشروط مع الشىء الموهوب فى قيمته، ثم يعود إلى الأصل مرة ثانية، بمعنى أنه ينقلب من عقد بيع تام إلى عقد هبة مشروطة. ان طلب الموهوب له إعمال أثر الظروف المتغيرة. لكن العودة إلى الأصل، هنا، لا تتم إلا بفعل القاضى، بعكس الحالة الأولى التى ينقلب فيها العقد من هبة مشروطة إلى بيع تام، بصفة تلقائية، بمجرد تعادل المقابل المشروط فى قيمته مع الشىء الموهوب. وهنا يتكشف لنا ضعف هذه الفكرة. فالعقد فى الأصل هبة مشروطة، وهو لاينقلب إلى عقد بيع مهما كانت قيمة المشروط، حتى ولو تساوت مع قيمة الموهوب، مادامت نية التبرع قائمة لدى الواهب. فمعيار التمييز بين عقد الهبة وعقود المعاوضة يقوم على وجود نية التبرع أو إنتفائها. فالعقد يظل هبة مشروطة مادامت نية التبرع قائمة، بغض النظر عن قيمة المقابل المشروط. ولذلك، فإن مطالبة الموهوب له بتطويع العقد ليتلاءم مع إرتفاع تكلفة المشروط، لا يخول القاضى التدخل للتحويل، وإنما يتدخل فقط لتطويع العقد بوسيلة أو بأخرى من وسائل التطويع سالفة الذكر، ان توافرت الشروط اللازمة لذلك. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه حتى مع التسليم جدلا بأن العقد ينقلب من هبة مشروطة إلى بيع تام، إن تساوت قيمة المشروط مع قيمة الموهوب، إلا أن تدخل القاضى، إن طلب منه إعمال حكم تغير الظروف، لا يكون(٢) بالتحويل وإنما بإنقاص قيمة المشروط.

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - اثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - رسالته سالفة الذكر - ص ٧١٦ ومابعدها.

(٢) حتى عند صاحب الفكرة ذاته - راجع رسالته - اثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى - المرجع السابق - نفس الموضوع.

إما تحويل العقد إلى هبة فهو إجراء سابق ومقتضى ضرورى لكى يعمل القاضى إجراء لاحقا هو تطويع العقد عن طرق إنقاص التزام المدين الذى لجأ إلى القضاء. فصاحب الفكرة يتكلم عن «تحويل عقد البيع إلى هبة مشروطة بعوض، ثم العمل، بعد ذلك، على إنقاص قيمة هذا العوض حتى يصبح أدنى بكثير من قيمة الشىء الموهوب».

خلاصة القول، أن فكرة تحول العقد عند صاحب الرأى السابق تبعد كثيرا عن فكرة تحول العقد بمعنى الكلمة، لأن التحول، عند الرأى السابق، هو إجراء سابق وضرورى للدخول فى مجال إجراء لاحق، هو تطويع العقد. لكننا حينما تساءلنا عن إمكانية «تحول العقد»، كنا نقصد تحوله كوسيلة مستقلة وقائمة بذاتها لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

والحق، أن الفكرة غامضة. ولكن غموضها لايحول بيننا وبين تبنيها وتوضيحها بالمثال التالى: مربى ابرم عقد توريد مع قصاب لمدة سنة، يتعهد بموجبه بأن يورد شهريا للقصاب ألفى رأس من عجول البقر، بثمن محدد متفق عليه فى العقد. وبعد تنفيذ العقد لمدة ستة شهور انتشر مرض طاعون البقر، وبسرعة كبيرة عجزت السلطات عن مواجهته، مما قاد إلى إرتفاع أثمان عجول البقر بسبب ندرتها نسبيا. فإذا أقام المربى دعواه أمام القضاء طالبا إعمال حكم تغير الظروف، برفع جزء من الإرهاق الناشىء عن تغير الظروف التى ابرم العقد فى ظلها، خاصة فيما يتعلق بالجزء الذى لم يتم توريده بعد. إستنادا إلى أن الأسعار لم تقف بعد عند حد معين، وإنما هى آخذه فى الزيادة والإرتفاع بصفة مضطردة، يستطيع القاضى، فى هذه الحالة، أن يقضى بتحويل عقد التوريد، فى الشق الذى لم يتم تنفيذه بعد، إلى عقد بيع منجز، يلتزم المشترى، الذى كان مستوردا، باستلام الكمية الباقية (٦ شهور x ٢٠٠٠ رأسا = ١٢٠٠٠ رأسا) فورا، وإلا برئت ذمة المربى من هذا الإلتزام بمجرد وضع هذه الكمية تحت تصرف المشترى. وبهذا الحكم يكون القاضى قد خفف العبء الواقع على عاتق هذا المربى، بالزام المستورد بتسلم الكمية محل التوريد فى ظل سعر متوسط الإرتفاع. فهو أعطى المورد حق تنفيذ مايقع على عاتقه

قبل أن يصل إرتفاع أسعار العجول إلى حد فاحش، قد يؤدى إلى خسارة المورد. وقد كانت الوسيلة التى لجأ إليها القاضى هى «تحويل العقد» من عقد توريد، يوزع فيه المحل على فترات دورية، إلى عقد بيع منجز، يسلم فيه المحل فورا.

حقا إن المثل السابق يجعل طريقة «تحول العقد» تتفق مع وسيلة «تنفيذ العقد مقدما»، فى أنه فى الحالتين أعفى المدين من تحمل عبء زيادة مؤكدة فى الأسعار، لكن الفارق بين طريقة «تحول العقد» وطريقة «تنفيذ العقد مقدما» يظل قائما، سواء من حيث أن هناك أمثلة للتحول لاتقترب بنا من طريقة التنفيذ مقدما. أو من حيث الأحكام القانونية المطبقة على الوضعين، حتى فى حالة اقتراب طريقة تحول العقد من طريقة تنفيذ العقد مقدما. ففى المثال المذكور عاليه يطبق القاضى، بعد تبنى طريقة تحول العقد، أحكام العقد الجديد، غاضا الطرف عن أحكام العقد القديم. أما لو أن القاضى تبنى، فى خصوص هذا المثال، طريقة التنفيذ مقدما، بإعتبارها الأقدر على تحقيق غرض التطويع، فإن أحكام العقد الأصلى هى التى تظل تحكم العقد وما ينشأ عنه من منازعات.

لكن فكرة تحول الإلتزام أوضح من تحول العقد. فطبقا لنص المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدنى المصرى التى تنص «على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما»(١). فطبقا لفكرة تحول الإلتزام، «انه وإن كان الأصل أن للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه عينا، وكان يرد على هذا الأصل إستثناء من حق القاضى إعماله، تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى، أساسه أن يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين، فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدى متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما»(٢). وصفوة القول أن وسيلة تحول العقد أو تحول الإلتزام تمثل أداة من الأدوات التى يملكها القاضى لاعادة التوازن إلى الإلتزامات التعاقدية، ان اختل هذا التوازن بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها.

---

(١) على عكس ذلك ينص الفصل ٢/٢٤٢ من قانون الإلتزامات والعقود المغربى والمادة ٢٥٩ من قانون الإلتزامات الموريتانى، على أنه لايحق للمدين أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المستحق له.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٢/٣٠ فى الطعنين رقمى ٥٦٥، ٧٥٠ لسنة ٤٣ ق - م نقض م - س ٢٨ - ص ٨٦٥ - ق ١٥١.

الفصل الثالث

التعويض

٢٠٢ - جرى القضاء الإدارى، الفرنسى والمصرى، على ألا يرد التوازن الإقتصادى للعقد الإدارى الذى إختل توازنه بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم هذا العقد فى ظلها، إلا عن طريق الحكم بالتعويض. فالقاضى الإدارى مقيد فى سلطاته، عندما يحاول أن يطوع العقد ليتلاءم مع الظروف الإقتصادية الجديدة، بأن يحكم فقط بتعويض الطرف المضرور، تعويضا يمكنه من الإستمرار فى تنفيذ الإلتزامات الواقعة على عاتقه بموجب هذا العقد.

والقضاء العادى يملك - إضافة إلى الطرق سالفة الذكر -(١) أن يحكم بالتعويض كوسيلة لإعادة التوازن للإلتزامات التعاقدية، لا كوسيلة وحيدة لايخرج عنها، وإنما كوسيلة إختيارية يلجأ إليها، عندما يرى أنها الأكثر ملاءمة لتحقيق الهدف المقصود من التطويع.

وأيا ماكان هذا التعويض، سواء كان هو الوسيلة الوحيدة التى لا يملك القاضى الحكم إلا بها، كما فى نهج القضاء الإدارى، أو كان هو وسيلة إختيارية، من بين عدة وسائل يملكها القاضى، كما فى نهج القضاء العادى، فإنه يقوم، فى كل الأحوال، على أساس واحد، فضلا عن أنه يخضع لأحكام واحدة.

ولذلك، فإننا سوف نتكلم عن أساس الحكم بالتعويض، كأداة لتطويع العقد لملاءمة الظروف الإقتصادية، على أن نعرج إلى بيان أحكام هذا التعويض، آخذين فى الإعتبار وحدة ذلك الأساس وتماثل هذه الأحكام فى المنهجين: منهج القضاء الإدارى ومنهج القضاء العادى.

---

(١) وهو يختلف من هذه الزاوية عن القضاء الإدارى الذى لا يملك أيا من هذه الطرف.

لكن، قبل التعرض لأساس وأحكام التعويض، يجب أن نعرض لموقف التشريعات المقارنة من طريقة التعويض كأداة للتطويع.

وعليه، فإننا نقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول : موقف القانون المقارن من التعويض كأداة للتطويع.

المبحث الثاني : أساس التعويض.

المبحث الثالث : أحكام التعويض.

المبحث الأول

موقف القانون المقارن من التعويض كأداة للتطويع

٢٠٣ - كما أشرنا فى الفقرة السابقة، يتميز موقف القضاء الإدارى الفرنسى ونظيره المصرى عن موقف القوانين المدنية، فى مسألة التعويض كأداة للتطويع، مما يوجب علينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يخصص الأول منهما لموقف القضاء الإدارى، على أن يفرد الثانى لبيان موقف القوانين المدنية.

ولذلك، تكون خطة هذا المبحث على النحو التالى:-

المطلب الأول : التعويض كأداة للتطويع فى أحكام القضاء الإدارى، الفرنسى والمصرى.

المطلب الثانى : التعويض كأداة للتطويع فى القانون الخاص.

المطلب الأول

التعويض كأداة للتطويع فى أحكام القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى

٢٠٤ - سلك مجلس الدولة الفرنسى، منذ حكمه الشهير الصادر فى قضية غاز بوردو فى ٣٠ مارس عام ١٩١٦، طريق تطويع العقد الإدارى بالحكم بالتعويض لصالح المتعاقد مع الإدارة، وتجنب طرق التطويع الأخرى(١). لكن مجلس الدولة الفرنسى لا يحكم فى النزاع إلا بعد أن يحيل طرفى الرابطة للإتفاق الودى. فإن توصلا إلى حسم النزاع عن طريق هذا الإتفاق كان بها، وإلا حكم القاضى بتعويض الطرف المضرور من جراء تغير ظروف إبرام العقد(٢).

وفى مصر، سار القضاء الإدارى على نفس النهج الذى إختطه مجلس الدولة الفرنسى. ففى ٣٠ يونيه ١٩٥٧ أصدرت محكمة القضاء الإدارى،

---

(١) لأن كل هذه الطرق، بإستثناء الحكم بتعويض الطرف المتضرر، تعد تعديلا لشروط العقد، وهو أمر غير مقبول، لأنه يمثل تدخلا من القضاء فى عمل الإدارة. وفى ذلك يقول مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ١٩٤٤/١/٢١ فى قضية:

Ate d`entreprise:

(Il n`appartien pas au juge administratif de modifier les clauses d`un contrat librement accepteer par les parties) Recueil des arrets du conseil de Etat, 1944, P. 33.

(٢) فهو يقرر فى قضية غاز بوردو سالفة الذكر:

(Il ya lieu de renvoyer les parties devant le conseil du prefecture, auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas a se metter d`accord sur les conditions speciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer les service, de determiner, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l`indemnite a laquelle la compagnie a droit(Con d`etat, 30 Maris 1916, D.P. 1916,3,25. Ausi S. 1916, 3, 17.

حكما مطولا، تبنت فيه تعويض الطرف المضرور، كأداة لتطويع العقد الذى يختل توازنه بفعل تغير الظروف. فهى تقول فى هذا الحكم إذا كانت الخسارة الناشئة عن الظروف التى قلبت إقتصاديات العقد «تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة إستثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها، فيعوضه تعويضا جزئيا. وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما». فـ «نظرية الظروف الطارئة تؤدى إلى أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإدارى ويولده هذا العقد، ويخلقه - وغالبا ما يكون الدائن هو جهة الإدارة - وهذا الإلتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن إعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد». وتضيف المحكمة القول أنه «ولما كان التعويض الذى يدفع لايشمل الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءا من الأضرار التى تصيب المتعاقد، فليس لهذا أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه نقصت أو لفوات كسب»(١).

وتأيد هذا النهج من المحكمة الإدارية العليا. ففى حكم صادر بجلسة ١٩٦٨/٥/١١ يتعلق بعقد التزام تسيير الأتوبيس النهرى، كانت الإدارة قد نافست فيه الملتزم، فسببت له أضرارا من جراء هذه المنافسة، وطالب الملتزم بتعديل شروط العقد، الغت المحكمة الإدارية العليا قضاء محكمة القضاء الإدارى الذى أجاب المدعى إلى طلباته وعدل الأتاوة المتفق عليها بين الملتزم والإدارة، على أساس أن ذلك «ينطوى على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارىء أثناء تنفيذه، وهو ما لا يملكه القاضى الإدارى»، وقضت للملتزم بالتعويض

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بجلسة ٣٠ يونيو ١٩٥٧ فى القضية رقم ٩٨٢ لسنة ٩ ق - مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى - س ١١ - ع ٢ - ص ٦٠٧ - رقم ٢٧٧.

الجزئى»(١). وفى حكم آخر صادر فى ١٩٧٢/٦/١٧، فى قضية تتلخص وقائعها فى أن متعاقدا كان قد استأجر سوق طنطا مقابل مبلغ يدفع على أقساط، وتوقف عن دفع هذه الأقساط خلال الفترة من أول يونيو ١٩٦١ حتى آخر أغسطس من نفس العام، بحجة أن إنتشار دودة القطن قد منع الفلاحين، فى ذلك العام، من إرتياد السوق، مما ألحق به ضررا جسيما، وطلب خصم الأقساط المستحقة من التأمين المودع لدى الإدارة، واستند، من بين ما إستند، إلى تغير الظروف التى ابرم العقد فى ظلها. رفضت المحكمة الإدارية العليا طلبه هذا لتخلف الشروط اللازمة لقبوله، وإن كانت قد أشارت، فى هذا الحكم، إلى مبدأ التعويض، كأداة، أو طريقة للتطويع. فهى تقول إن «من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها، فيعوضه عنها تعويضا جزئيا»(٢).

وقد أيد الفقه الإدارى المسلك الذى إختطه القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر، وقدم الأسانيد لتبريره. فذهب جانب من هؤلاء الفقهاء إلى «أن من بين القواعد الأساسية للعقود الإدارية السارية التطبيق، قاعدة «الإبقاء على التوازن المالى للعقد»، والتى بمقتضاها يمنح المتعاقد تعويضا، إن ترتب على فعل الإدارة، أو على ظرف استثنائى، تغير فى هذا التوازن»(٣). وذهب جانب آخر من هؤلاء الفقهاء إلى أن مسلك القضاء الإدارى هذا يبرر بثلاث حجج، هى: «(أ) أن مهمة القاضى، كقاعدة عامة، هى تفسير العقود، وتطبيق أحكامها، لا تعديل شروطها. وهذه قاعدة أساسية لاتختلف فيها العقود الإدارية عن العقود المدنية، كما ذكرنا. (ب) أن القاعدة فى القانون الإدارى، أن القاضى

---

(١) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - س ١٣ - ص ٨٧٤ - رقم ١١٧ - القضية رقم ٥٦٢ السنة ١٠ ق. والقضية رقم ٦٧ لسنة ١١ ق.

(٢) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - س ١٧ - ص ٥٧٦ - رقم ٨٢ - القضية رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق.

(3) J. DE SOTO, Note sous l`arret de cons. d` Et, du 10 Mars 1950, D. Jurisprudence, 1950, p. 455.

لايستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين. ولو أتيح له تعديل الإلتزامات التعاقدية لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة. (جـ) إن الإدارة حين تضمن العقد شروطا معينة، وتحمل المتعاقد، بمقتضاها، التزامات محددة فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة. ولو أتيح للقاضى أن يعدل شروط العقد رغم أنف الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر. ومن ثم، فإن دواعى المصلحة العامة تقتضى أن تظل شروط العقد نافذة، حتى تقبل الإدارة مختارة تعديلها، لأنها لن تفعل ذلك إلا بعد أن تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء هذا التعديل»(١). فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ الفصل بين السلطات، وقيام الإدارة على المصلحة العامة، هى التى تبرر، عند أصحاب الرأى الأخير، التضييق من سلطة القاضى الإدارى، وجعلها مقصورة على الحكم بالتعويض، عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بتطويع العقد لملاءمته مع الظروف الإقتصادية الجديدة.

صفوة القول أن القضاء الإدارى، سواء فى فرنسا أو فى مصر، يسير على تطويع العقد لمواجهة تغير الظروف الإقتصادية، عن طريق تعويض الطرف المضرور، بإعتبار أن التعويض هو أداة التطويع الوحيدة، التى يملكها هذا القضاء.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٦٩٠.

المطلب الثانى

التعويض كأداة للتطويع فى القانون الخاص

٢٠٥ - أشرنا، فيما سلف، إلى أن القاضى المدنى يملك العديد من الوسائل التى تمكنه من تطويع العقد، ويستطيع، بالتالى، أن يختار، من بينها، الوسيلة الأكثر إتفاقا مع واقع القضية المعروضة عليه، ليبنى عليها قضاءه. فهو يملك أن يفسخ العقد، كما يملك أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، سواء عن طريق إنقاص الإلتزام الواقع على عاتق المدين المرهق، أو زيادة الإلتزام المقابل له، أو عن طريق وقف تنفيذ التزام المدين مؤقتا، أو تنفيذه مقدما، أو عن طريق إمتداد العقد، أو عن طريق تحوله. ولايقف الأمر عند هذا الحد، بل يملك الحكم بتعويض الطرف المضرور(١)، لتضاف وسيلة أخرى إلى الوسائل السابقة.

والتعويض قد يلجأ القاضى إليه كوسيلة وحيدة للتطويع، شأنه فى ذلك شأن القاضى الإدارى(٢)، وقد يلجأ إليه مضافا إلى وسيلة أخرى أو أكثر من الوسائل سالفة الذكر، وإن كنا لا نرى مبررا للتمييز بين الفرضين لعدم وجود أى نتائج لمثل هذا التمييز، إذا يظل الأساس واحدا، كما تظل الأحكام كما هى، سواء كان التعويض هو الوسيلة الوحيدة التى طوع بها القاضى العقد، أم كان وسيلة مضافة إلى وسيلة، أو وسائل، أخرى. بل إن التعويض قد يكون وسيلة مطروحة أو منقوصة من وسيلة أو من وسائل أخرى لجأ إليها القاضى.

---

(١) وقد يتفق الطرفان على التعويض كأداة لتطويع العقد، سواء كأداة وحيدة أو كملطف لقسوة أداة أخرى. يراجع فى ذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٧٥/٤/١٦ فى الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٣٩ ق - مج نقض م - س ٢٦ - ص ٨٠٥ - ق ١٥٧، وفيه أجازت محكمة النقض اتفاق العامل مع رب العمل على أن يكون التعويض عن فسخ العقد هو مايوازى الأجر عن المدة الباقية من عقد العمل المفسوخ.

(٢) وإن كان الفارق يظل قائما بينهما فى أن التعويض فى القضاء الإدارى هو السيلة الوحيدة التى لا يملك القاضى لها بديلا، على حين أنه بالنسبة للقاضى المدنى وسيلة إختيارية قد يلجأ إلى الحكم بغيرها.

ثم رأى أنها وسيلة أو وسائل مغالى فيها، فيخفف من هذا الغلو بالتعويض، أخذا بفكرة «المعدل»(١)، إن جاز لنا هذا الإقتباس. فمثلا إن طوع القاضى العقد ليتلاءم مع الظروف الإقتصادية الجديدة عن طريق الفسخ، ورأى أن هذا الفسخ، باعتباره وسيلة قاسية، فيه غلو على الدائن، جاز له أن يقضى لصالح هذا الدائن بالتعويض «كمعدل» للفسخ، يلتزم المدين الذى فسخ العقد لصالحه، بدفعه.

وكما أشرنا إلى أنه لا توجد نتائج عملية للتمييز بين التعويض كوسيلة وحيدة والتعويض كوسيلة إضافية،فإننا نشير، أيضا، إلى أنه لاتوجد أى نتائج عملية للتمييز بين التعويض كوسيلة مستقلة والتعويض كمعدل يطرح من وسيلة أو وسائل أخرى، إلا فى أن الأول يراعى فيه مركز المدين، وهو مركز أصلى بسببه تدخل القاضى، على حين أن الثانى يراعى فيه مركز الدائن، وهو مركز طارىء نتج عن إعمال القواعد اللازمة لمراعاة وضع المدين بعد تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، مع ما أدى إليه ذلك من نتائج تؤثر فى توازن الرابطة العقدية.

ونحن نستند فى إعطاء القاضى حق تطويع العقد عن طريق التعويض، حينما يرى أن التعويض انسب وسيلة لإقامة العدالة بين طرفى الرابطة العقدية، إلى تفسير الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، التى يوجز مضمونها فى أنها تعطى للقاضى وسيلة قانونية يعدل بها شروط العقد. فما يقوم به القاضى، حينما يعمل الحكم الوارد بالمادة ٢/١٤٧، «هو فى الواقع

---

(١) وردت هذه الكلمة فى المادة ٢/٨٣٧ من القانون المدنى المصرى بمناسبة بيان أحكام قسمة المال الشائع، ويقصد بها العوض الذى يحصل عليه المتقاسم إن حصل، نتيجة لطبيعة المال الشائع، على أقل من نصيبه، أو يدفعه إن حصل على أكثر من نصيبه فى المال الشائع، بسبب تعذر قسمة هذا المال إلى أجزاء بحسب أصغر نصيب، كما ينص القانون.

يراجع فى تفاصيل ذلك الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الثامن - بند ٥٥٩ ومابعده - ص ٩٢٠ ومابعدها.

إجراء تتوزع به تبعة الحادث الطارىء بين الطرفين المتعاقدين وتنزل به إلى الحدود المعقولة»(١). وهذا الإجراء، كما يكون فسخا للعقد أو ردا للإلتزام المرهق إلى الحدود المعقولة، قد يكون تعويضا عن الضرر(٢) الناشىء عن تغير الظروف.

وتطبيقا لذلك، نصت المادة ٢/٣٦ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أنه إذا حضر العامل إلى مقر عمله فى الوقت المحدد للعمل وكان مستعدا لمباشرة العمل «وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل استحق نصف الأجرة». فهذا النص يقضى بتعويض العامل، ولكنه حدد التعويض تحديدا جزافيا بأنه هو نصف الأجرة اليومية التى يستحقها العامل. وأساس هذا الحكم، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون، هو أنه يأتى «تماشيا مع مبادىء العدالة»، التى باتت السمة السائدة فى القوانين، بصفة عامة، والقوانين الإجتماعية بصفة خاصة.

كذلك يعد الحكم الوارد فى المادة ١٤٠، من نفس القانون، تطبيقا آخر على الحكم بالتعويض كأداة لتطويع العقد بقصد مواجهة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. فهذه المادة تلزم رب العمل بأن يدفع للعامل، كتعويض عن تشغيله لفترة تجاوز المتفق عليه أو المنصوص عليه قانونا، لمواجهة تغير فى الظروف. فالأصل، أن رب العمل لا يجوز له أن يشغل العامل، فى عمل فعلى، لفترة أكثر من ثمانى ساعات يوميا(٣)، على أن تتخلل ساعات العمل فترة أو أكثر لتناول الطعام أو الراحة، وعلى أن يراعى فيها ألا يعمل العامل أكثر من خمس ساعات متصلة(٤)، وذلك بشرط أن تنظم

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٩٥.

(٢) قابله كسب للطرف الآخر الذى سيحكم عليه بالتعويض، وإن كان الكسب لايعد شرطا للحكم بالتعويض.

(٣) المادة ١٣٣ من القانون.

(٤) المادة ١٣٤ من القانون.

ساعات العمل الفعلية الثمان وفترات الراحة بحيث لا تتجاوز الفترة بين بداية العمل ونهايته أكثر من إحدى عشرة ساعة يوميا(١). ويلتزم رب العمل بأن يغلق منشأته يوما كاملا في الأسبوع(٢). وإذا كانت المنشأة من المنشآت التى لايسرى عليها حكم الإغلاق، التزم بمنح العامل راحة أسبوعية لاتقل عن أربع وعشرين ساعة متصلة بعد ستة أيام عمل متصلة على الأكثر(٣). لكن يجوز لرب العمل أن يخرج على هذا الأصل العام لمواجهة ظروف طارئة، مثل: «.... ٢ - إذا كان العمل لمنع وقوع حادث خطر أو إصلاح ما نشأ عنه أو لتلافى خسارة محققة لمواد قابلة للتلف ...... ٣ - إذا كان التشغيل بقصد مواجهة ضغط عمل غير عادى ....»(٤). ولم يحمل المشرع تبعة هذه الظروف على عاتق المدين بالعمل، أى العامل، وإنما طوع العقد بما يتلاءم ومقتضيات العدالة. فالزم رب العمل، بموجب المادة ١٤٠ سالفة الذكر، بأن يدفع تعويضا للعامل الذى ترتب على الظروف الجديدة أن زادت الإلتزامات الواقعة على عاتقه، تعويضا قدر جزافا بأنه مايوازى ٢٥٪ من الأجر الإتفاقى عن ساعات العمل النهارية، ٥٠٪ من الأجر الإتفاقى عن ساعات العمل الليلية(٥)، و ١٠٠٪ من الأجر أن صادف العمل يوم الراحة(٦). هذا، ويلاحظ أن هذا

---

(١) المادة ١٣٥ من القانون.

(٢) المادة ١٣٦ من القانون.

(٣) المادة ١٢٧ من القانون.

(٤) المادة ١٣٨ من القانون.

(٥) وهنا تظهر أهمية تحديد المادة الأولى من القانون الليل بأنه «الفترة مابين غروب الشمس وشروقها».

(٦) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه «إذا وقع العمل فى يوم الراحة الأسبوعية كانت ساعات العمل فى هذا اليوم جميعها ساعات عمل إضافية باعتبار أن العامل لايلزم أصلا بالعمل فيه»، وبأن «يستحق العامل إذا عمل وقتا إضافيا فى أيام العمل المعتادة، فى الحالات المقررة قانونا، أجر اليوم المعتاد وأجرا عن ساعات العمل الاضافية، يوازى أجر مثلها محسوبا على أساس قيمة أجر اليوم المعتاد على ساعات العمل المقررة وضرب الناتج فى عدد ساعات العمل الاضافية، أجرا إضافيا بنسبة ٢٥٪ من أجر ساعات العمل الإضافية، إذا كان العمل نهارا، ٥٠٪ من أجر ساعات العمل الإضافية، إذا كان العمل ليلا. ويضاعف الأجر الاضافى إذا صادف العمل يوم الراحة الأسبوعية المدفوع الأجر، فيكون بنسبة ٥٠٪ نهارا، ١٠٠٪ ليلا»، نقض مدنى بجلسة ١٩٨٧/١٢/١٣ فى الطعن رقم ٤٤٦ لسنة ٥٢ القضائية - مج نقض م - س ٣٨ - جـ ٢ - ص ١٠٩٤ - ق ٢٢٠.

التعويض لا يحل محل المقابل الذى يجب على رب العمل أن يؤديه للعامل مقابل انتفاعه بخدماته، بل هو يضاف إلى هذا المقابل، أو كما تقول المادة ١٤٠ ذاتها «يجب على صاحب العمل أن يمنح العامل فى الحالات المذكورة فى المادة السابقة أجرا إضافيا يوازى أجره الذى كان يستحقه عن الفترة الإضافية مضافا إليه ٢٥٪ على الأقل عن ساعات العمل النهارية، ٥٠٪ على الأقل عن ساعات العمل الليلية.

فإذا وقع العمل فى يوم الراحة إستحق أجر هذا اليوم مضاعفا».

وفى التطبيقين المذكورين آنفا، كان التعويض جزاء وحيدا وأصيلا، قصد به علاج مركز المدين بالإلتزام الذى صار مرهقا. لكن المادة ٦٠٨ من القانون المدنى المصرى تقدم لنا تطبيقا لا يعتبر فيه الحكم بالتعويض وقوفا إلى جانب المدين بالإلتزام الذى صار مرهقا، وإنما يعتبر «معدلا» يطرح من الفسخ الذى يحكم به لصالح المدين. فهى تنص على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل إنقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقا، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا». فإذا كان الأصل أن عقد الإيجار ملزم لطرفيه طوال مدته، إن كان معين المدة، إلا أن قواعد العدالة تقضى بضرورة تطويعه «إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار» «مرهقا». وهنا سمح المشرع باللجوء إلى الإنهاء كوسيلة من وسائل التطويع. لكنه رأى أن هذه الوسيلة وسيلة مغالى فيها فى شأن عقود الإيجار المحدد المدة، فخفف من هذه المغالاة، بإلزام المحكوم لصالحه بالإنهاء بتعويض الطرف الآخر «تعويضا عادلا». ومن ثم يعد التعويض هنا «معدل» للتطويع بالإنهاء.

وفى فرنسا، لو رجعنا إلى قانون ٢٠ يناير ١٩١٨ المسمى بقانون «فايو»، الصادر فى أعقاب الحرب العالمية الأولى، نجده قد واجه أثر تغير

الظروف بأحد أمرين: إما فسخ العقد وإما وقف تنفيذه مؤقتا. ولذلك فإننا لانلمس فيه إشارة إلى التطويع عن طريق التعويض. كذلك الحال فى خصوص قانون ١٧ مايو ١٩١٩ الخاص بالإيجارت. فهو «قانون فسخ وقانون وقف أيضا» للعقود التى تأثرت بالحرب العالمية الأولى(١)، ولم يشر للتعويض كوسيلة من وسائل التطويع. ونفس الأمر نجده فى قانون ٢٣ ابريل ١٩٤٩ الصادر فى أعقاب الحرب العالمية الثانية لمعالجة آثار هذه الحرب على العقود. فهو، كسلفه (قانون فايو)، قانون فسخ أو وقف تنفيذ، ولم يتضمن تطويعا بالتعويض.

لكن قانون العمل الفرنسى يتضمن تطبيقات لوسيلة التعويض، كأداة لتطويع العقد بهدف مجابهة نتائج تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها. فعلى الرغم من أن القاعدة العامة فى هذا القانون هى أن الأجر مرتبط بالعمل وجودا وعدما، بل ومتناسب معه، بمعنى أنه بقدر الجهد الذى يبذله العامل يستحق الأجر، بإعتبار أن عقد العمل من العقود التبادلية، إلا أن المشرع يعطى العامل الحق فى الأجر كاملا متى أتى إلى العمل، وكان مستعدا للقيام به(٢)، أى كان واضعا نفسه تحت تصرف رب العمل(٣). فايا كانت الظروف التى حالت بين العامل وبين آداء العمل، حمل المشرع الفرنسى تبعتها لرب العمل، عن طريق تبنى فكرة تطويع العقد بالتعويض، أى إعطاء العامل تعويضا يتمثل فيما يساوى الأجرة المستحقة له.

ونجد تطبيقا آخر من تطبيقات التطويع عن طريق التعويض فى

---

(1) EMERENTIENNE de GAUDIN de LAGRANGE, L`intervention du juge dans le contrat, these, Op. Cit., P. 118, Marge. 2.

(٢) رأينا أن المشرع المصرى لايعطى العامل، فى مثل هذه الحالة، إلا نصف الأجر.

(3) ANDRE BRUN et HENRI GALLAND, Droit du travail, Tom, 2, Les rapports individuels de travail 12 eme edition (1978), Sirey, Paris, No 294, P.P. 302 et 303.

قانون العمل الفرنسى، يتمثل، هذه المرة، فى التعويض «كمعدل» لتطويع العقد بوسيلة أخرى. فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ويلزم كلا من طرفيه بأداء مايقع على عاتقه من التزامات، لا أكثر ولا أقل، إلا أن المشرع أعطى الحق لرب العمل فى أن يفرض على العامل مد فترة العمل المتفق عليها عن طريق ما يسمى «بساعات العمل الإضافية»، وذلك بهدف مواجهة الظروف الطارئة أو المستعجلة، أو بهدف زيادة الإنتاج بصفة عامة. ويعتبر العامل مخطئا متى رفض تنفيذ هذه الساعات، مما يبرر لرب العمل أن ينهى عقد العمل معه، على أن يراعى مهلة الإخطار، بإعتبار أن هذا الخطأ غير جسيم(١). وفى مقابل ذلك - وهذا مايعنينا هنا - يلتزم رب العمل، طبقا لنص المادة ٢١٢ (ل)(٢) بأن يدفع تعويضا للعامل عن هذه الساعات، عبارة عن ٥٠٪ من الأجر عن الساعات الثمان التالية للحد الأقصى المسموح به أسبوعيا، وهو ٣٩ ساعة و ١٠٠٪ من الأجر عن الساعات التالية لذلك، لتضاف هذه أو تلك إلى أجر الساعة التى قام فيها بالعمل زيادة على ألـ ٣٩ ساعة الأسبوعية.

ولم يقتصر قانون العمل الفرنسى على المثال السالف، كنموذج للحكم بالتعويض كمعدل، وإنما تبنى صورا أخرى نذكر منها ماتنص عليه المادة ٢٢١-٥(ل). من أنه يحق لرب العمل أن يخرق الحكم الذى يحدد العطلة الأسبوعية بيوم الأحد بهدف مواجهة ظروف العمل المستمر طبقا لنص المادة ٢٢١-٥-١(ل)، لكنه يلتزم - وهذا هو المعدل - بأن يضيف كتعويض للعامل الذى يعمل يوم الأحد ٥٠٪ على الأقل زيادة على أجره اليومى. ونذكر أيضا من هذه الصور نص المادة ٢٢١-٢٢(ل) التى أعطت لرب العمل الحق فى أن يخرج على حكم المادة ٢٢١-٢(ل) التى توجب عليه أن يعطى العامل أجازة أسبوعية لا تقل عن ٢٤ ساعة متصلة، ويشغل العامل فى عطلة

---

(1) ANDRE BRUN et HENRI GALLAND, Les rapports individuels de travail, Op. Cit., No. 484, P.P. 583 et 584.

(٢) معدلة بموجب الأمر القانونى رقم ٤١/٨٢ الصادر فى ١٩٨٢/١/١٦.

الأسبوع إذا ماكانت مؤسسته تقوم بأعمال مستعجلة، أو تواجه ضغط عمل غير عادي، كما فى مناسبات الأعياد، وكما فى الأيام السابقة على الجرد السنوى، والزمته، فى نفس الوقت، بأن يحسب هذه الزيادة كساعات عمل إضافية، تأخذ حكمها فى زيادة الأجر.

مجمل القول، أن قواعد القانون الخاص، سواء فى مصر أو فى فرنسا، تسمح بإجازة تطويع العقد لمواجهة تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد تحت ظلها، عن طريق تعويض الطرف المضرور من هذا التغيير. ولكنها تسمح، أيضا، بإجراء التطويع بأداة أخرى من الأدوات سالفة البيان.

المبحث الثانى

أساس التعويض كأداة من أدوات التطويع

٢٠٦ - يثور التساؤل عن الأساس القانونى الذى يستند إليه القاضى عند الحكم بالتعويض، كوسيلة لتطويع العقد، بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة. وأساس هذا التساؤل أن التعويض، من جهة، لا يكون، فى القاعدة العامة، إلا فى إطار المسئولية، سواء أكانت مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية، وسواء أكانت قائمة على الخطأ الواجب الإثبات أم على الخطأ المفترض. ومن جهة أخرى، فإن فكرة التطويع تقوم فى خارج إطار المسئولية بنوعيها. فلو أمكن رد إختلال التوازن الإقتصادى للعقد إلى قواعد المسئولية العقدية أو إلى قواعد المسئولية التقصيرية، لما كان هناك مجال للحديث عن فكرة التطويع. فالحديث عن التطويع يثور بعد أن نتجاوز قواعد المسئولية لعدم إنطباقها على الحالة محل البحث. ومن هنا، كانت منطقية التساؤل عن أساس للتعويض كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، مادامت قواعد المسئولية لاتسنده.

ويمكن تلخيص الأسس التى قال بها الفقه الإدارى للتعويض كأداة من أدوات تطويع العقد، فى ثلاثة أسس، هى، فكرة التوازن المالى للعقد، فكرة النية المشتركة للطرفين، وفكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية(١).

وتقوم فكرة التوازن المالى(٢)للعقد على التلازم أو العلاقة الوثيقة بين حقوق كل متعاقد والتزاماته. فأى زيادة فى هذه الإلتزامات تستتبع بالضرورة

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - صفحات ٦٩٢، ٦٩٣، ٢٩٤.

(٢) ويعتبر البعض فكرة التوازن المالى للعقد من خصوصيات العقد الادارى، وإن كنا نرى - على العكس من ذلك - أن العدالة أساس هذه الفكرة، والعدالة هى القاسم المشترك فى كل العقود، إدارية كانت أم مدنية.

زيادة فى تلك الحقوق. فإن تغيرت الظروف الإقتصادية، تغيرا يقود إلى زيادة الإلتزامات الواقعة على عاتق المدين، استتبع ذلك، وبالضرورة، زيادة فى حقوق هذا المدين.

ووجد بعض الفقهاء(١) فى فكرة التوازن المالى هذه أساسا يقوم عليه الحكم بالتعويض، كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

أما فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، فتعنى أن نية طرفى الرابطة العقدية قد انصرفت، عند إبرام العقد، إلى أن أية زيادة فى التزامات أحدهما ترتب، بالضرورة، زيادة فى حقوقه. فالضرر الذى ينشأ عن تغير الظروف التى ابرم العقد فى ظلها يقتسمه الطرفان، بناء على أن هذا هو ما ارتضته إرادتهما المشتركة، منذ لحظة إبرام العقد.

وقد وجد بعض الفقهاء(٢) أساس الحكم بالتعويض كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول فى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين.

وفى الأخير، فإن الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية التى تقوم على تسيير المرافق العامة التى يؤدى توقفها إلى الإضرار بالجمهور، تقتضى أن تربط هذه العقود بالظروف الإقتصادية ربطا يؤدى إلى أن أى تغير فى ظروف العقد من شأنه أن يخل بمبدأ دوام سير المرفق العام بإنتظام واضطراد، يقود، بالضرورة، إلى الزام جهة الإدارة بتقديم يد العون للمتعاقد، حتى يستطيع أن يواصل تنفيذ التزاماته(٣). ويكون العون الذى تقدمه جهة الإدارة

---

(1) WALINE (Marcel), Manuel elementaire de droit administratif, 4 eme edition, Sirey, Paris, 1946, P. 340.

(2) BONNARE, (ROGER), Precis elementaire de droit administratif, Paris, Sirey, 1926, P. 744.

(3) De Laubadere, (Andre), Traite theorique et pratique des contrats administratifs, Paris, L,G.D.J. 1959, P. 119.
Jeze, (Gastion), Les contrats de departements, des communes et des etablissements publics, Paris, Marcel Giard, 1932, P. 470.

للمتعاقد معها هو التعويض، الأمر الذى يجد، معه، التعويض كأداة لتطويع العقد بقصد مواجهة الظروف الإقتصادية الجديدة، أساسه فى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.

لكن لم تسلم فكرتا التوازن المالى للعقد، والنية المشتركة للمتعاقدين، من النقد(١). فقد أخذ على فكرة التوازن المالى أنها تقود إلى القول بإعادة المتعاقد المضرور إلى المركز الذى كان فيه قبل أن يقع التغيير فى الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها. وهذا لايتفق مع حكم التعويض للتطويع الذى يعتبر تعويضا جزئيا، يتمثل فى مساهمة تعين المتعاقد على مواصلة التنفيذ، لكنها، على أى حال، لن تصل إلى نقل تبعة التغير من على عاتق المدين إلى عاتق الدائن. أما فكرة النية المشتركة، فهى تمثل أساسا تعسفيا فى معظم الأحوال، ولا تفسر لنا إعمال التطويع عندما يثبت أن النية المشتركة للمتعاقدين لم تتطرق على الإطلاق لبيان حكم تغير الظروف.

ولذلك يرجح بعض الفقهاء(٢) تأسيس التعويض كأداة لتطويع العقد قصد مواجهة الظروف الإقتصادية المتغيرة، على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية. فطبيعة العقود الإدارية تقتضى تلاءم هذه العقود مع حاجيات المرفق العام. حتى يسير بانتظام واضطراد، وهو مايقتضى من الإدارة أن تقدم العون للمتعاقد الذى تقود تغيرات الظروف التى ابرم العقد فى ظلها إلى تعثره فى التنفيذ، حتى ينهض من عثرته، ويواصل تنفيذ مايقع على عاتقه من التزامات، مما يؤدى إلى استمرار تشغيل المرفق العام، وبالتالى، إستمرارية الخدمات المقدمة للجمهور.

٢٠٧ - وإذا انتقلنا إلى القانون المدنى وتساءلنا عن أساس التعويض كأداة من أدوات التطويع، فإن المتصور أن يقال أن التعويض يؤسس على المسئولية العقدية غير الخطئية. أى أنه يقوم على فكرة المخاطر أو تحمل التبعة على الرغم من وجود العقد كأساس لهذه المسئولية. فالمسئولية العقدية،

(١، ٢) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٦٩٤.

شأنها فى ذلك شأن المسئولية التقصيرية، تقوم إذا وجد خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر. ولكن فى بعض الأحيان يتم التجاوز عن اشتراط ركن الخطأ والإكتفاء بفكرة تحمل التبعة. وعلى هذه الفكرة قد يقال بتأسيس التعويض الهادف إلى تطويع العقد. لكن ذلك يمكن أن يرد عليه بأن المسئولية القائمة على المخاطر أو تحمل التبعة تقتضى أن يكون جبر الضرر كاملا، وبالتالى، فهى لاتفسر لنا الحالات التى يكون التعويض فيها غير مغط إلا لجزء من الضرر، كما فى حالة التعويض كأداة لتطويع العقد لملاءمته مع الظروف الإقتصادية.

لذلك، فإنه يبدو لنا أن الأمر فى حاجة إلى التمييز بين حالتين: أولاهما، حالة الحكم بالتعويض كجزاء أصلى. وثانيهما، حالة الحكم بالتعويض «كمعدل». فى الحالة الأولى، يقوم الحكم بالتعويض، فى نظرنا، على أساس فكرة الإلتزام القضائى. فالقاضى، فى داخل الإطار العام الممنوح له بمقتضى النصوص التشريعية، والذى يخوله تطويع العقد لمواجهة الظروف الإقتصادية، يملك أن يتحرك بحرية تامة. وقد تقوده هذه الحرية إلى أن ينشىء التزاما جديدا على عاتق أحد الطرفين، يسمى بالإلتزام القضائى. هذا التسليم للقاضى بإنشاء التزام جديد يمكننا من القول بأنه يملك، من باب أولى، أن يعدل التزاما قائما بإلتزام آخر، على أساس أن من يملك الأكثر يملك الأقل، بالضرورة، إذا ما بدا له أن هذا التعديل أقرب إلى العدالة. أى أن هذا الحكم بالتعويض رخصة للقاضى تخولها له وظيفته كموزع للعدالة بين المتقاضين. وتأسيسا على ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن التنفيذ العينى للإلتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدى هو رخصة لقاضى الموضوع، يستخدمها كلما رأى فى التنفيذ العينى إرهاقا للمدين، وبشرط ألا يلحق ذلك ضررا جسيما بالدائن(١).

وفى الحالة الثانية، التى يتم فيها التعويض «كمعدل» يخفف به القاضى

---

(١) نقض مدنى بجلسة ١٩٥٥/٤/١٤ فى الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ ق - مج نقض م - س ٦ - ص ٩٦٩.

تجاوز أداة من أدوات التطويع الأخرى للغرض المرسوم لها، وهو إعادة العدالة الى ماكانت عليه بين طرفى الرابطة العقدية، يعتبر التعويض، فى نظرنا، مقابل القدر الذى تجاوزت فيه أداة التطويع حدودها لصالح المضرور من تغير الظروف، على حساب الطرف الآخر. أى أن سبب التعويض هو المقابل الزائد عن المفروض، والذى تلقاه المضرور من تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، عندما طوع العقد بإستخدام أداة أخرى، غير التعويض، من أدوات التطويع سالفة البيان. فمقابل مازاد على مقتضى التطويع باستخدام إحدى وسائله من غير التعويض. يكون التعويض «كمعدل». وهذا الأخير يؤسس على فكرة الإثراء بلا سبب مشروع(١).

---

(1) VASILE POLTZER, L`enrichissement sans cause, these, Paris, Recueil Sirey 1921.

المبحث الثالث

أحكام التعويض كأداة من أدوات تطويع العقد

٢٠٨ - يعد التعويض محل الكلام هنا نوعا خاصا من التعويض، يخرج فى الكثير من الأحيان عن تعويض الأضرار الذى يستند إلى المسئولية العقدية، كما يخرج عن تعويض الأضرار الذى يستند إلى قواعد المسئولية التقصيرية. فالفارق بين التعويض محل البحث هنا وبين التعويض الناشىء عن المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية جوهرى، ويتمثل فى أن التعويض المبنى على المسئولية، عقدية أو تقصيرية، مبنى على الخطأ(١)، فى حين أن التعويض الذى نحن بصدده لا يقوم على خطأ فى جانب الملتزم به.

ومن هنا تتضح أهمية الإلمام بأحكام هذا النوع الأخير من التعويض.

وأول ما يتبادر إلى الذهن، عند الكلام فى أحكام التعويض محل الكلام هنا، التساؤل عن نطاق هذا التعويض، وعلى التحديد التساؤل عما إذا كان التعويض كأداة من أدوات التطويع يغطى العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، أم أنه يقتصر على أحد النوعين دون الآخر. وسبب هذا التساؤل هو، من ناحية، أن التعويض، حينما يتقرر، يضاف إلى التزام الطرف المستفيد من تغير الظروف، ومن ناحية ثانية، أن العقود الملزمة لجانب واحد لايوجد فيها أى التزام مقابل يمكن أن يضاف إليه مبلغ التعويض المحكوم به. فالدائن فى هذه النوعية من العقود لا يتحمل بأى التزامات. ولذلك يشكك البعض(٢) فى إمكان تطبيق التعويض على العقود الملزمة لجانب واحد، ويروا قصره على العقود الملزمة للجانبين، فهؤلاء يرون أنه إذا «سلمنا بإمكان رد

---

(١) سواء كان خطأ واجب الإثبات أم خطأ مفترضا، وسواء كان خطأ شخصيا لم خطأ الغير، أو بفعل الحيوانات أو الأشياء.

(٢) الدكتور عبدالحى حجازى - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - المرجع السابق - بند ٣٧١ - ص ٥٨٩.

...حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون ... - رسالته سالفة الذكر - ص ٧٠٢.

الإرهاق فى هذه الطائفة الأخيرة من العقود (العقود الملزمة لجانب واحد) بإنقاص الإلتزام المرهق أو بوقف تنفيذ العقد، ريثما يزول أثر الظرف الطارىء، فقد يصعب التسليم بإمكان رد الإرهاق عن طريق زيادة الإلتزام المقابل، لأنه ليس ثمت التزام مقابل فى العقود الملزمة لجانب واحد»[١].

والرأى عندنا، أن التعويض، كأداة من أدوات التطويع، كما يمكن أن يعمل به فى العقود الملزمة للجانبين يمكن العمل به فى العقود الملزمة لجانب واحد. ولتوضيح ذلك، نفرق بين حالتين: الأولى، هى حالة التعويض الذى يحكم به «كمعدل» يخفف من مغالاة أعمال أداة أخرى من أدوات التطويع. وهذه الحالة هى التى قلنا أن أساس التعويض فيها هو المقابل الزائد عن المفروض، والذى تلقاه المضرور من تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها. وفى هذه الحالة لايوجد مايشكك فى إمكانية الحكم بالتعويض سواء أكان العقد ملزما للجانبين أم ملزما لجانب واحد. والحالة الثانية هى حالة الحكم بالتعويض كوسيلة أصلية للتطويع. وفى هذه الحالة، أيضا، يجب ألا يثور شك فى إمكانية الحكم بالتعويض، سواء بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين أم بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد. فهذه النوعية الأخيرة من العقود، على الرغم من أن الدائن فيها لا يلتزم فى مواجهة المدعى بأى التزامات، إلا أنه ليس هناك مايمنع من نشوء التزام جديد على عاتقه، يكون تعاقديا فى حالة التطويع الإتفاقى، وإداريا فى حالة التطويع الإدارى[٢]، وقضائيا فى حالة التطويع القضائى[٣].

إذن من أوليات أحكام التعويض، كأداة من أدوات التطويع، هو أنه يمكن أن يعمل به فى العقود الملزمة للجانبين، كما يمكن أن يعمل به فى العقود الملزمة لجانب واحد، سواء بسواء.

---

(١) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٧٠٢.

(٢) الدكتور سمير عبدالسيد تناغو - القرار الإدارى كمصدر للإلتزام - المرجع ال[illegible]

TANAGHO, De l`obligation judiciaire, These, [illegible] L.G.D.J., 1965.

٢٠٩ - والتعويض، كأداة من أدوات التطويع، هل يقتصر على فترة تنفيذ العقد بإعتباره عونا يهدف إلى منع التوقف عن التنفيذ مع مايترتب على ذلك من آثار، أم أنه مقتضى من مقتضيات العدالة يمكن أن يحكم به حتى ولو نفذ العقد بكاملة؟

يذهب الرأى الغالب فى الفقه(١) إلى القول بقصر التعويض على الفترة الممتدة مابين ابرام العقد وحتى تنفيذه. بمعنى أنه لايجوز للمدين الذى نفذ ماعلى عاتقه من التزاماته ولو تنفيذا مرهقا أن يطالب بتعويض الإرهاق الذى نشأ عن هذا التنفيذ. ويستند هذا الرأى إلى أن التزام المدين قد زال بتنفيذه وانقض العقد بذلك، ولم يعد له وجود. فلا يوجد سند للمطالبة بهذا التعويض. هذا، فضلا عن أن هدف فكرة التطويع الرئيسى هو مد يد العون للمدين حتى يواصل تنفيذ التزاماته العقدية، أى تجنب التوقف عن الدفع وما يترتب عليه من آثار. فمن أجل هذا الهدف أنشأ مجلس الدولة الفرنسية نظرية الظروف الطارئة، كصورة من صور التطويع.

وقد سايرت محكمة النقض هذا الإتجاه وقضت بأن تطبيق المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى يكون «عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الإلتزام الذى رتبه. فإن كان الإلتزام قد نفذ فإنه ينقضى، وعندئذ يمتنع إنطباق نظرية الحوادث الطارئة - المنصوص عليها فى المادة المذكورة - لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد»(٢).

لكن لا يرضى جانب آخر من الفقهاء، وبحق، بهذا الرأى، ويأخذون عليه أنه قام على «عدم التفرقة بين مبدأ إنقضاء الإلتزام بالتنفيذ ونشوء مايمكن أن نسميه بدين الطوارى»(٣). ولذلك يجوز، طبقا لهذا الرأى الأخير،

---

(١) الدكتور عبدالمنعم البدراوى - النظرية العامة للإلتزام - بند ٣١٤ - ص ٤٠٥.
أسعد الكوارنى - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص ٢٤٣.
MOSTAPHA el GAMMAL, L, adaptation du contrat Op. Cit., No. 526, P. 297.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ ق - مج نقض م-س ١٣ - جـ ٢ - ص ١١٧٩ - ق ١٨٧ وكذلك نقض مدنى بجلسة ١٩٦١/٥/١١ فى الطعن رقم ٥٦ لسنة ٢٦ ق - مج نقض م - س ١٢ - ص ٤٦٦ - ق ٠٦٩. وفيه تذهب محكمة النقض إلى أن تغير الإلتزام الأصلى يمنع تطبيق المادة ٢/١٤٧.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٢٧٥.

إعمال فكرة تطويع العقد بوسيلة التعويض بعد إنقضاء الإلتزام بالتنفيذ. فيمكن للمتعاقد أن «يطلب التعويض عن الظرف الطارىء من أول لحظة يتحقق فيها هذا الظرف .... وذلك أثناء تنفيذ العقد، أو حتى بعد تنفيذه»(١).

وقد سمح مجلس الدولة الفرنسى بإمكانية الإستناد إلى نظرية الظروف الطارئة، حتى ولو بعد نهاية العقد، بقصد المطالبة بتعويض الأضرار التى تلحق بالمتضرر من هذه الظروف. حتى بعد تمام التنفيذ ووضع نهاية للعقد(٢).

وصفوة القول أن تغير الظروف الذى يترتب عليه إرهاق للمدين، يعطى للأخير الحق فى التطويع. فإن كان التطويع بالتعويض، فإن هذا التعويض يستحق للمدين سواء نفذ الأخير العقد أم لم ينفذه، لأنه فى حالة التنفيذ ينشأ على عاتق الدائن دين لا تبرأ ذمته منه إلا بالوفاء(٣). وفى هذا الخصوص تقول المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٠/٤/١٤ أنه إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة يحق للمضرور أن يطالب بالتعويض، يستوى فى ذلك أن يطالب به خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه العقدى(٤). وعلى هذا الأساس يغطى التعويض المدينين الذين نفذوا الإلتزامات التى صارت مرهقة بفعل تغير الظروف، كما يغطى أولئك الذين لم ينتهوا بعد من تنفيذ عقودهم.

والتعويض كأداة من أدوات التطويع لا يمثل، ثالثا، جبرا كاملا للضرر، وإلا عد ذلك نقلا للضرر بكامله من على عاتق المدين إلى عاتق الدائن. وتأبى قواعد العدالة والمنطق هذا النقل. فهذا التعويض يكون على الدوام جزئيا يوزع الضرر الناشىء عن تغير الظروف بين طرفى الرابطة العقدية(٥)، توزيعا يتفق مع قواعد العدالة.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٧٠٥.

(2) ANDRE DE LAUBADRE, Traite de droit adminsitratif, 8 eme edition (1980), L.G.D.J., Paris, No. 637, P. 393.

(٣) حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٣٧٦.

(٤) مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - س ٥ - ص ٣٦.

(٥) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٤٢١ - ص ٨٨٠.
الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ١٩٧.

لكن إذا كان الفقه والقضاء، فى مصر وفرنسا، يسلمان بضرورة توزيع الضرر بين الدائن والمدين، إلا أن نسبة تقسيم هذا الضرر بين الطرفين ليست محل إتفاق. فالرأى بصدد هذا التقسيم يتوزع،كما رأينا،على مدرستين: المدرسة الأولى تذهب إلى أن عبء تغير الظروف يقسم مناصفة بين الدائن والمدين، وذلك بعد تحميل المدين العبء المتآلف تحمله عادة بين الناس(١).

ويبدو أن محكمة النقض المصرية قد إنضمت إلى هذه المدرسة حينما قضت بجلسة أول مارس عام ١٩٧٧ بأن القاضى يقوم بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم مايزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما، بإعتبار أن ذلك أقسط فى مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما، بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين(٢).

ويعد ابن عابدين - الفقيه الإسلامى الحنفى - من أنصار مدرسة المناصفة فى تقسيم العبء بين طرفى الرابطة العقدية. فهو يقرر أن هبوط العملة التى يحصل بها الوفاء، يترترب عليه التزام المدين بالوفاء بعملة وسط(٣).

أما المدرسة الثانية فتذهب إلى ضرورة عدم التقيد بنسبة واحدة يسير

- حسب الرسول الشيخ الفزارى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالته سالفة الذكر - ص ٦٧٩.
نقض مدنى بجلسة ١٩٧٠/٥/٥ فى الطعن رقم ٣٥/٥٢٢ ق - مج نقض م - س ٢١ - ص ٧٨٧ - ق ١٢٨.
نقض مدنى بجلسة ١٩٧٥/٦/٩ فى الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٩ ق - مج نقض م - س ٢٦ - ص ١١٦٣ - ق ٢٢٢.

(١) الدكتور السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الأول - المرجع السابق - نفس الموضع.

(٢) نقض مدنى بجلسة ١٩٧٧/٢/١ فى الطعن رقم ٤٢/٥٨٠ ق - مج نقض م - س ٢٨ - ص ٦٠٠ - رقم ١١٠ - سالف الإشارة.

(٣) ابن عابدين - رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود - ص ٦٦، ٦٧.

عليها الحكم فى كل الأحوال. وترى ضرورة ترك أمر نسبة مشاركة الطرفين فى تحمل هذا العبء لظروف كل قضية على حدة. فعند هذه المدرسة لا يمكن أن توزع تبعة الطوارىء مناصفة فى جميع الأحوال، لأنها ستكون، عندئذ، قسمة حسابية جامدة، لا تتفق والمرونة المطلوبة فى مراعاة ظروف المتعاقدين(١). خصوصا، وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يسير على قاعدة موحدة فى هذا الشأن. فقد تبنى هذا المجلس حلولا مختلفة باختلاف ظروف كل قضية، وإن كانت النسبة فى أحكامه تتراوح مابين ٨٠٪ و ٩٥٪ على عاتق الدائن فى مقابل ٢٠٪ و ٥٪ على عاتق المدين(٢).

والحق - عندنا - مع أنصار المدرسة الثانية. فلا يمكن التقيد بقالب معين يجب، فى كل الأحوال، إعماله. وإنما - يجب أن نتقيد بالمعيار العام: تحقيق العدالة بين طرفى الرابطة العقدية، وترك الأمر، بعد ذلك، ليختلف باختلاف ظروف كل قضية على حدة. فلو كانت المناصفة هى الأقرب للعدالة وجب إعمالها، وإن كانت هناك نسبة أخرى أقرب من الأولى لتحقيق العدالة وجب إعمالها.

ولايجوز، رابعا، أن نهدر بالتعويض إرادة الطرفين، عندما يتفقا على تنظيم لهذا التعويض، صراحة أو ضمنا. أى يجب أن نتقيد بالتطويع الإتفاقى قبل أن ننتقل إلى التطويع الإدارى أو التطويع القضائى، يستوى فى ذلك أن يكون التطويع الإتفاقى سابقا على تغير الظروف، أى بشرط أساس تحديد الإلتزام، أم لاحقا على تغير الظروف، تم بالمفاوضات بين الطرفين.

والحكمة فى ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة. وبصفة خاصة، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لازال، وسيظل، المبدأ السيد الذى لايجوز الخروج عليه إلا عند الضرورة، بأن تقتضى قواعد العدالة خرقه. والخروج على هذا المبدأ

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد - شرط الارهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - سالف الذكر - فقرة ٤٨ - ص ٦٢٠.

(٢) الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٦٩٨.

يكون بلا مقتض عندما تنظم إرادة ذوى الشأن الآثار التى تترتب على تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها.

خامسا، وأخيرا، يعد الحكم بالتعويض، كتعويض أصلى، تنفيذا للإلتزام بمقابل، فى حين أنه فى حالة الحكم به كمعدل يعد نوعا من التنفيذ العينى للإلتزام. وتفسير ذلك أن تجاوز أداة التطويع للحدود المرسومة لها ترتب إلتزاما على عاتق المستفيد منها بدفع مقابل هذه الإستفادة للطرف الآخر، أى للطرف الدائن الذى جاء تغير الظروف فى صالحه. أما فى حالة الحكم بالتعويض، كتعويض أصلى، فإنه لايقوم فى مقابل أداء تم دفعه من قبل المضرور، أو حتى التزم بدفعه، وإنما يقوم فى مقابل أضرار حلت بالمدين من جراء تغير الظروف الإقتصادية التى أبرم العقد فى ظلها، واقتضت العدالة مشاركة الطرف الآخر فى تحمل آثارها بدفع جزء من التعويض اللازم لجبر هذه الأضرار.

الخاتمة

٢١٠ - منذ أن ظهرت نظرية بارزة للعقد، ولدت فكرة العدالة التعاقدية التى تستوجب حصول كل متعاقد على مقابل عادل لما أعطى، وهو ما يتوقف على حنكته وتبصره بشئون الحياة، كما يتوقف على التشريعات التى تنظم العملية التعاقدية، بما تضفيه من أحكام تحرم الربا وتعالج عيوب الرضا من إكراه وغلط وتدليس وغبن.

لكن التوازن فى أداءات المتعاقدين كثيرا ما يختل بفعل تغير الظروف الإقتصادية التى عاصرت العملية التعاقدية، الأمر الذى يؤدى إلى إهتزاز العدالة التعاقدية ويثير التساؤل عن مصير المتعاقد المضرور من هذا التغير. ولعلاج هذا الإختلال الطارئ، ظهرت، ومنذ أمد بعيد أيضا، مجموعة من الأفكار التى تقدم حلا لمشكلة إختلال التوازن العقدى بفعل تغير ظروف إبرام العقد، وتنادى بالوقوف إلى جانب المتعاقد الذى أضير من تغير الظروف. ويأتى فى مقدمة هذه الأفكار ما أفلح الفقهاء المسلمون فى تشييده من نظريات، كالعذر وتغيير قيمة النقود والجوائح. وهى نظريات من الإتساع بحيث تغطى، من ناحيتى المضمون ومجال الإنطباق، كل إختلال فى التوازن العقدى، وتشمل فى طياتها كل الأفكار التى قيلت لملاءمة العقد مع الظروف الإقتصادية المتغيرة.

ولقد تناولنا، خلال هذا البحث، ملاءمة العقد مع الظروف الإقتصادية المتغيرة، ببيان دور كل من المتعاقدين والأدارة والقاضى فى هذا الصدد، كما تناولنا أحكام هذه الملاءمة ببيان ضوابطها ونتائجها، واتضح لنا أن نتائج تطويع العقد ليتلاءم مع الظروف الإقتصادية المتغيرة تتبلور إما فى إنهاء الرابطة العقدية، أو فى رد التزامات هذه الرابطة إلى الحدود المعقولة، أو فى تعويض الطرف المضرور، فى الرابطة العقدية.

وقد يكون من المفيد أن نشير، فى خاتمة هذه الرسالة، إلى بعض النقاط الخلافية فى الفقه ورأينا فيها، على أن نتوجه، بعد ذلك، بما نراه مثمرا من توصيات.

أولا: بعض النقاط الخلافية فى الفقه:

اتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن الفقه مختلف فى بعض المسائل والتى تصلح كل واحدة منها لأن تكون مجالا لاطروحة دكتوراه. ونوجز هذه المسائل فى النقاط الآتية:

١ - يعرف بعض الفقهاء النظام العام بأنه الإطار السياسى والإقتصادى والإجتماعى الذى لا يجوز المساس به بغرض حماية المصلحة العامة، فى حين يعرفون الآداب الحميدة بأنها القواعد التى فرضتها الضرورة الأخلاقية وأحس المجموع بلزومها لحياتهم فى جماعة.

ولكننا رأينا أن كلا من النظام العام والآداب الحميدة وجهان لعملة واحدة، على أساس أن السياج الذى يحمى المصلحة العامة يتضمن، بالإضافة إلى جانبه السياسى والإقتصادى والإجتماعى (النظام العام)، جانبا آخر أخلاقيا (الآداب الحميدة).

٢ - يقول بعض الفقهاء بشرعية أسس تغير الإلتزام بصفة مطلقة، ويقول البعض الآخر بعدم شرعية هذه الأسس، على حين يقف جانب ثالث موقفا وسطا من هذه الأسس، فيقول بشرعية هذه الأسس فى حدود معينة. لكن أنصار هذا الرأى الأخير مختلفون فى رسم الحدود الفاصلة بين الأسس المشروعة والأسس غير المشروعة بين قائل بالتمييز بين الدفع بالذهب أو العملة الأجنبية وبين الدفع على أساس الذهب أو العملة الأجنبية، وبين قائل بالتمييز بين الأسس المبنية على تغير القوة الشرائية للنقود وبين الأسس المبنية على التغيرات الإقتصادية، أو قائل بالتمييز بين العقود ذات الآداءات الفورية التنفيذ وبين العقود ذات الأداءات الممتدة التنفيذ.

وقد ميزنا بين الأسس المتعلقة بإنشاء وسيلة وفاء خلاف العملة الوطنية وبين الأسس المتعلقة بإنشاء وسيلة حساب خلاف العملة الوطنية، وقلنا أن الأسس الأولى تخرج عن المجال الذى حددناه لأسس تغير الإلتزام،

وبالتالى لا تدخل فى مجال التساؤل عن شرعية أو عدم شرعية أسس تغير الإلتزام. أما الحالة الثانية فإنها هى المقصودة عند الكلام عن أسس تغير الإلتزام، وهى مشروعة مادامت لا تخرج عن حدود النظام العام والآداب الحميدة.

٣ - إختلف الفقه فى تكييف سلطة جهة الإدارة فى المساعدة فى تنفيذ الأحكام القضائية المذيلة بالصيغة التنفيذية بين قائل بأن هذه السلطة تدخل فى الإختصاص التقديرى لجهة الإدارة، مما يستتبع إمكانية الإمتناع عن تنفيذ هذه الأحكام، إن إقتضت العدالة التعاقدية ذلك، وبين قائل بأن هذه السلطة تدخل فى الإختصاص المقيد لجهة الإدارة الذى لايمكنها الفرار منه.

ونحن نميل إلى الرأى القائل بدخول سلطة جهة الإدارة فى المساعدة فى تنفيذ الأحكام فى إختصاصها التقديرى. ورتبنا على ذلك قدرتها على الإمتناع عن تنفيذ مثل هذه الأحكام، إن رأت فى ذلك إعادة للتوازن العقدى المنشود من طرفى الرابطة التعاقدية.

٤ - آثار الدور الخلاق للقاضى خلافا بين فقهاء القانون المدنى. فذهب جانب من الشراح إلى أنه لا يجوز للقاضى إلا أن يطبق قانونا موضوعا سلفا من السلطة التشريعية، ولا يملك أن يخلق نصا تشريعيا حتى ولو خلا القانون القائم من حكم للنزاع المعروض عليه. وذهب جانب آخر من الشراح إلى القول بالدور الإنشائى للقاضى. فكلما اعوز القاضى النص أنشأ القاعدة القانونية التى تحكم مايعرض عليه من أنزعة.

وقد استحسنا الرأى الثانى، الذى يجد أنصاره فى الفقهاء المسلمين، والذى يقول بالدور الخلاق للقاضى، حتى يمكنه مواجهة ما يعرض عليه من منازعات جديدة بسبب الظروف المتجددة والمتغيرة، وإلا عد منكرا للعدالة.

٥ - إذا كان العقد هو العمل القانونى محل الملاءمة مع الظروف الإقتصادية المتغيرة، إلا أن الفقهاء اختلفوا فى نوع العقد الذى يخضع للملاءمة. فقال بعض الفقهاء أنه لا يخضع للملاءمة إلا العقد المستمر التنفيذ،

المحدد لما يترتب عليه من حقوق والتزامات، والملزم للجانبين. أما العقد الفورى التنفيذ أو غير المحدد فى كم الحقوق والإلتزامات الناشئة عنه، أو والملزم لجانب واحد، فإنه يخرج، عند هؤلاء الفقهاء، عن الملاءمة. لكن لايفرق البعض الآخر من الفقهاء بين العقود المستمرة التنفيذ والفورية التنفيذ، والمحددة والغير المحددة، والملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد، ويخضع كل العقود، بلا إستثناء، للملاءمة.

ولقد فضلنا الرأى الثانى القائل بأن فكرة الملاءمة تغطى كل العقود متى توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها. وسندنا فى ذلك إن الملاءمة تجد سندها فى العدالة، فكلما اقتضت العدالة تطبيقها طبقت، بغض النظر عما إذا كان العقد مستمر التنفيذ أم فورى التنفيذ، محددا أم غير محدد، ملزما للجانبين أم ملزما لجانب واحد.

٦ - إختلف الفقهاء فى مدى اشتراط عمومية تغير الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها، بإعتبار أن هذا التغير هو الضابط الثانى من ضوابط ملاءمة العقد. فقال بعض الشراح بضرورة أن يكون التغير فى الظروف الإقتصادية التى ابرم العقد فى ظلها عاما. وبرروا هذا الشرط بأنه يحد من أعمال فكرة الملاءمة، بإعتبار أن هذه الأخيرة تمثل خروجا صارخا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذى حاز على قدسية فى نظر الفقه القائم على مبدأ سلطان الإرادة. أما البعض الآخر من الفقهاء فإنه يرى تعارض شرط عمومية التغير مع هدف فكرة الملاءمة. فهدف ملاءمة العقد مع الظروف الإقتصادية المتغيرة هو تحقيق العدالة التعاقدية بين طرفى الرابطة العقدية. وهو ما يستوجب رفع الظلم عن المتعاقد ضحية التغير، حتى ولو كان هو الوحيد الذى أضير من التغير.

والحق أنه إذا كان شرط العمومية يجد تبريره فى تقديس مبدأ سلطان الإرادة، فإن الأمر قد تغير الآن ولم يعد مبدأ سلطان الإرادة مقدسا كما كان، بل أصبح تقييد هذا المبدأ أمرا مسلما به فى التشريع والفقه والقضاء، مما

يقتضى القول بأن شرط عمومية التغير لم يعد له محل الآن، خاصة وأنه يتعارض مع هدف الملاءمة.

٧ - عند تحديد درجة الإرهاق الذى يؤدى إلى التدخل لملاءمة العقد مع الظروف الإقتصادية، يقول معظم الفقهاء بالمعيار الموضوعى الذى يقوم على الصفقة محل التعاقد، بغض النظر عن الظروف الشخصية التى تحيط بالمدين أو بالدائن، فى حين يقول البعض الآخر بالمعيار الشخصى الذى يأخذ فى الإعتبار كل الظروف المحيطة بالمدين بالإلتزام الذى يصبح مرهقا. وانتقد فريق ثالث من الشراح كلا المعيارين، على أساس أن المعيار الأول يهمل ظروف المدين الشخصية إهمالا تاما، وأن المعيار الثانى يبالغ فى الإعتداد بكل الظروف الشخصية التى تحيط بالمدين بدون تمييز بين صغيرها وكبيرها، ولا بين وثيق الصلة منها بالأداء محل الإلتزام أو منبت الصلة بهذا الأداء.

ولمواجهة الإنتقادات الموجهة لكلتى المدرستين قلنا بالتطبيق المتلاحق لكلى المعيارين، فتحديد الإرهاق يمر بمرحلتين، إذ فى البداية نبين التجاوز الذى حدث فى قيمة الأداء عند تنفيذه عن قيمته المذكورة فى العقد. وهذا التجاوز يتم تقديره فى ضوء المعيار الموضوعى، بإعتبار أنه عملية حسابية تتمثل فى طرح قيمة الأداء المذكورة فى العقد من قيمته السوقية عند التنفيذ، لنصل إلى الفارق بين القيمتين. ثم تأتى بعد ذلك المرحلة الثانية والتى نقوم فيها بطرح الزيادة المألوفة من الفارق الذى وصلنا إليه بإعمال المرحلة الأولى، لنصل إلى الزيادة غير المألوفة فى قيمة الأداء. والمرحلة الثانية هذه تقوم على المعيار الشخصى، لأن تحديد ماهو مألوف وماهو غير مألوف فى الزيادة فى قيمة الآداء لا يتم إلا بالنظر إلى الظروف الشخصية الخاصة بالمتعاقد المدين.

ثانيا : التوصيات :

وتتمثل قطوف هذه الرسالة فى التوصيات التالية:

١ - نقترح تعديل نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون

المدنى، والتى تنص على أنه «فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة»، لنضيف إليها ماجاء بذيل الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى السويسرى التى تحيل القاضى، فى آخر المطاف، إلى أن «يحكم وفقا للقواعد التى كان يضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل المشرع». وعلى ذلك نرى أن يكون نص المادة الأولى من القانون المدنى كالتالى:

«(١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها.

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فإذا لم يوجد فوفقا للقواعد التى كان سيضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل المشرع".

٢ - نقترح تعديل نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى بحذف شرط عمومية الحوادث، ليتمشى النص مع روح العدالة التى أصبحت السمة الغالبة للمعاملات فى وقتنا الحاضر. وعلى ذلك نستحسن أن يكون نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى كالتالى:

«(١) العقد شريعة المتعاقدين فلايجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون.

(٢) ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

٣ - نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدنى، من زاويتين: من زاوية أولى، نقترح حذف عبارة «فى حالات استثنائية» الواردة فى صدر الفقرة. فهذه العبارة زائدة، ولا تضيف جديدا إلى القيود الواردة بالنص. فعلى الرغم من أن منح المدين نظرة الميسرة أمر جوازى للقاضى، إلا أنه مقيد بالا يمنعه من ذلك نص فى القانون، وان تستدعى حالة المدين ذلك، والا يلحق بالدائن ضرر. فإذا تأملنا هذه الضوابط التى تحيط بسلطة القاضى فى منح المدين نظرة الميسرة نجدها تمثل سياجا يحيط بهذه السلطة من كل جانب، ولا يترك ثغرة يمكن أن يسدها قيد «فى حالات إستثنائية». واية ذلك، أن ضابط الإستثنائية، هنا، لا يكمن تحديده إلا بأن تستدعى حالة المدين منحه نظرة الميسرة، وإلا يصاب الدائن من جراء ذلك بضرر، وألا يوجد نص قانونى يحرم على القاضى منح المدين نظرة الميسرة، وهو ما يؤكد عدم فائدة عبارة «فى حالات استثنائية» الواردة بالنص. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه مما يتعارض مع جعل الأمر جوازيا للقاضى، تقييده بـ «حالات إستثنائية».

والتعديل الثانى الذى نقترحه للنص هو حذف لفظ «جسيم» الواردة فى آخر النص، كقيد للضرر الذى يصيب الدائن، ويمنع منح المدين نظرة الميسرة. فإذا كانت نظرة الميسرة تقوم على أساس العدالة، فإن حق الدائن فى استيفاء حقه فى الميعاد المحدد يستند، أيضا، إلى قواعد العدالة، وبالتالى يكفى أن يلحق الدائن ضرر، ولو لم يكن جسيما، ليمتنع على القاضى منح المدين نظرة الميسرة. فالتوفيق بين مصلحة المدين فى تأجيل دينه وحق الدائن فى إستيفاء ماله يجب أن يترك للقاضى، دون تقييده بجسامة الضرر الذى سيصيب الدائن من جراء منح المدين نظرة الميسرة.

ولذلك كان المشرع الفرنسى أكثر توفيقا من المشرع المصرى، حينما لم يقيد القاضى، فى منح المدين نظرة الميسرة، بأى قيد يرجع إلى الدائن. فالفقرة الثانية من المادة ١٢٤٤، التى نصت على نظرة الميسرة، قيدت القاضى، فقط، بحالة المدين وبالظروف الإقتصادية.

لذلك نرى ضرورة تعديل المادة ٣٤٦ من القانون المدنى، لتصبح على النحو الآتى:

«(١) يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الإلتزام نهائيا فى ذمة المدين، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

(٢) على أنه يجوز للقاضى، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر».

تم بحمد الله وتوفيقه

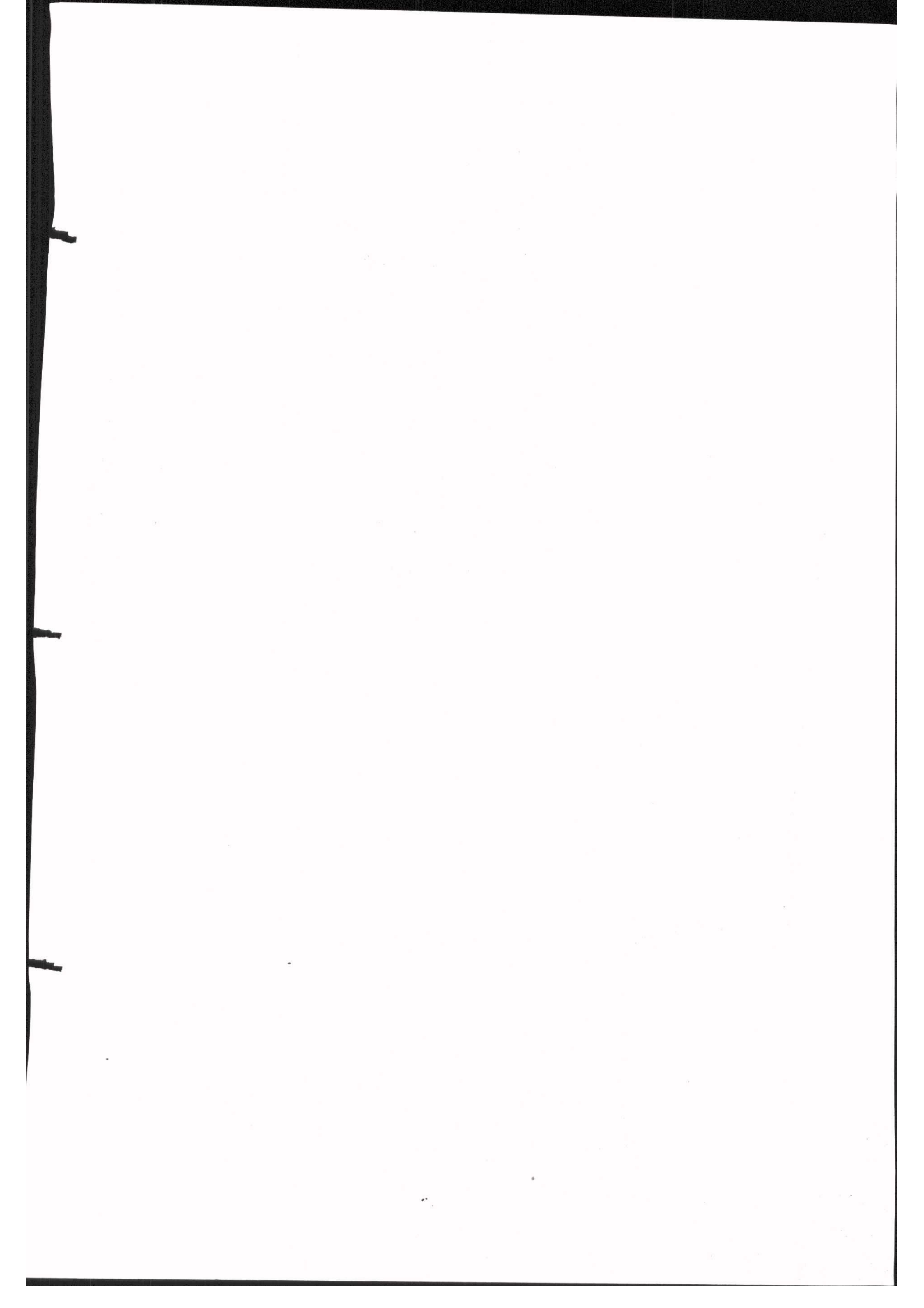
المختصرات

(ABBÉVIATIONS- ABBREVIATIONS)

- A.J.D.A. : Actualité juridique, droit administratif.
- Al. : alinéa.
- Art. : article.
- Bull. : Bulletin.
- C.E. : Conseil d'État, arrêt du conseil d'État.
- Chr. ou chron. : Chronique.
- Concl. : Conclusions.
- D. : Recueil Dalloz.
- Decr. : Décret.
- D.H. : Recueil hebdomadaire Dalloz.
- Doct. : Dectrine.
- D.P. : Recueil Périodique et Critique Dalloz.
- D.S. ou Dr. Soc. : Droit Social.
- Ed. : Édition.
- et S. ou et Suiv. : et Suivants.
- G.P. ou Gaz. Pal. : Gazette du Palais.
- J.C.P. : Juris classeur Périodique (La Semaine Juridique).
- J. O. : Journal officiel de la Republique Française.

- L.G.D.J. : Libraire generale de droit et de jurisprudence.
- Mel. : Melanges.
- N. : Note.
- N. : Numero.
- Obs. : Observations.
- Op. Cit. : Ouvrage Precite.
- Ord. : Ordonnance.
- P. : Page.
- P.U.F. : Presses universitaires de France.
- R.D.P. : Revue du droit Public et de la science Politique en france et : a L'Etranger.
- Rec. : Recueil.
- Rec. Cons. d'Et. : Recueil des arrets du conseil d'Etat.
- Rep. D. : Repertoire Dalloz.
- Rev. : Revue.
- R.I.D.C. : Revue internationale de droit Compare.
- R.T.D.c.: Revue trimestrielle de droit Civil.
- R.T.D. comm. : Revue trimestrielle de droit commercielle.
- S. : Recueil Sirey.
- S.J. ou Sem. Jur. : Le Semaine Juridique.
- Supple. : Supplement.
- T. : Tome.
- V. : Voir.
- Vol. : Volume.

قائمة المراجع



أولا : أهم المراجع العربية

١ - مراجع الشريعة الإسلامية :

«أ» التفسير :

- القرطبى (أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى) الجامع لأحكام القرأن - الجزء الأول - القاهرة - دار الكتاب العربى للطباعة والنشر - ١٩٦٧.

«ب» الحديث :

- أبو داود (أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى المتوفى عام ٢٧٥هـ) سنن أبى داود - الجزء الثالث - دار الحديث.

- الترمذى (الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذى - المتوفى ٢٧٩هـ - سنن الترمذى - الجزء الخامس - المطبعة المصرية بالأزهر - الطبعة الأولى.

- أبو مسلم (الإمام أبو الحسن مسلم بن حجاج النيسابورى) صحيح مسلم - الجزء الثالث - القاهرة - مكتبة الحلبى - بدون سنة طبع.

«جـ» فقه المذاهب :

«١» الفقه الحنفى :

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز - رسائل ابن عابدين - طبعة دمشق - عام ١٣٢٥هـ.

- جماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية - الفتاوى العالمكيرية فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان - تأليف جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام - الجزء الرابع - بدون سنة طبع وبدون دار نشر.

«٢» الفقه المالكى :

- ابن دقيق العيد (الإمام الحافظ تقى الدين محمد بن على بن وهب مطيع القشيرى ابن الفتح المعروف بابن دقيق العيد) إحكام الأحكام - شرح عمدة الأحكام - مطبعة السنة المحمدية - القاهرة - بدون سنة طبع.
- ابن رشد (محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد) بداية المجتهد ونهاية المقتصد - القاهرة مكتبة الكليات الأزهرية - طبعة ١٩٦٦.
- ابن عبدالله الشيخ محمد أحمد عليش - العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك - الجزء الأول - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. وبهامشه تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون - ١٣٥٥هـ.
- ابن فرحون - تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام - على متن العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك لابن عبدالله الشيخ محمد أحمد عليش - الجزء الأول - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ١٣٥٥هـ.
- الشاطبى (ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى المالكى المتوفى عام ٧٩٠هـ) - الموافقات فى أصول الشريعة - دار المعرفة - بيروت - بدون سنة طبع.
- الشيخ عيسى بن على الحسينى العلمى - كتاب النوازل - الجزء الثانى - تحقيق المجلس العلمى بفاس - طنبعة ١٩٨٦.
- مالك (الإمام مالك بن انس الأصبعى) - المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبدالرحمن بن قاسم - الجزء الرابع - كتاب الجوائح - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - طبعة ١٣٩٨هـ (١٩٨٧م).

«٣» الفقه الشافعى :

- الشافعى (الإمام المطلبى محمد بن ادريس الشافعى ١٥٠ : ٢٠٤) الرسالة - تحقيق أحمد محمد شاكر - الطبعة الأولى - بدون سنة طبع.

«٤» الفقه الحنبلى :

- ابن قدامه (موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامه) المغنى - الجزء الرابع - القاهرة - مكتبة القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٦٨.

- ابن قيم الجوزية - شمس الدين ابو عبدالله محمد بن ابى بكر المعروف بابن القيم الجوزية - اغاثة اللهفان من مصادر الشيطان - الجزء الأول - مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر - ١٣٥٧ هجرية.

- اعلام الموقعين عن رب العالمين - المكتبة التجارية الكبرى - ١٩٦٨.

- ابن النجار - تقى الدين محمد ابن احمد بن عبدالعزيز الفتوحى الشهير بابن النجار - منتهى الإرادات فى جمع المقنع مع التنقيح وزيادات - القسم الأول - طبعة دار العروبة - بدون سنة طبع

«٥» الفقه الظاهرى :

- ابن حزم الظاهرى - المحلى - الجزء الثامن - طبعة منشورات الكتاب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - بدون سنة طبع.

د» السير :

- ابن هشام (ابى محمد عبدالله بن هشام المعافرى المتوفى ٢١٣هـ) - السيرة النبوية - الجزء الثالث - المكتبة التوفيقية - القاهرة - طبعة ١٩٩٣.

هـ» مراجع معاصرة فى الفقه الإسلامى :

- الدكتور السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة بالفقه الغربى الحديث - الجزء الأول - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٧.

- الجزء الثانى - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٧.

- الجزء الثالث - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٧.

- الجزء الرابع - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٧.

- الجزء الخامس - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٧.

- الجزء السادس - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٧.

- الدكتور خالد عبدالله عيد - أحكام المعاملات فى الفقه الإسلامى - نظرية العقد - دراسة مقارنة مع الفقه القانونى الحديث - طبعة ١٩٧٩ (مطبوعة على الآلة الكاتبة بجامعة محمد الخامس بالرباط بالمغرب).

- الدكتور صبحى محمصانى . فلسفة التشريع فى الإسلام - نشر دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الثالثة - ١٩٦١.

- الدكتور عبدالسلام ذهنى بك - الحيل، المحظور منها والمشروع - القاهرة - مطبعة مصر - ١٩٤٦.

- المستشار عبدالحليم الجندى - أبو حنيفة بطل الحرية والتسامح فى الإسلام - طبعة ١٩٦٦.

- المرحوم الشيخ على الخفيف - الغبن فى العقود - مجلة البحوث والدراسات العربية - العدد العاشر.

- الإمام محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربى - ١٩٧٦.

- الدكتور محمد سلام مدكور - الإجتهاد فى التشريع الإسلامى - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ١٩٨٤.

- الدكتور محمد على محجوب - المدخل لدراسة التشريع الإسلامى والنظريات العامة فى المعاملات - طبعة ١٩٨٥.

- الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل فى الفقه الإسلامى - طبعة إدارة البحوث بمعهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

- الدكتور مصطفى الشكعة - الإئمة الأربعة - دار الكتاب المصرى بالقاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٨٣م.

- الدكتورة نادية شريف العمرى - اجتهاد الرسول - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥م.

٢ - المراجع القانونية:

«أ» المؤلفات العامة:

- الدكتور أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الجزء الثانى - منشأة دار المعارف بالإسكندرية - بدون سنة طبع.

- الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - القاهرة ١٩٤٥.

- الدكتور إسماعيل غانم - فى النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٦٦.

- الدكتور السنهورى - عقد الإيجار - طبعة ١٩٢٩ - دار الكتب المصرى.

- الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - المجلد الأول - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة - ١٩٨١.

- الوسيط - الجزء الثانى - المجلد الثانى - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية.

- الوسيط - الجزء الثالث - المجلد الثانى - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية.

- الوسيط الجزء الرابع - المجلد الأول - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية.

- الوسيط - الجزء الخامس - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية.

- الوسيط - الجزء السادس - المجلد الأول - الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - دار النهضة العربية.

- الوسيط - الجزء الثامن - حق الملكية - طبعة ١٩٦٧ - دار النهضة العربية.

- الوسيط - الجزء التاسع - طبعة ١٩٦٨ - دار النهضة العربية.

- الدكتور السنهورى والدكتور حشمت أبو ستيت - أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون - طبعة ١٩٥٠.

- الدكتور إيهاب اسماعيل - شرح قانون العمل - بدون سنة طبع.

- الدكتور ثروت أنيس الأسيوطى - مبادىء القانون - القانون - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٧٤.

- الدكتور جلال العدوى - قانون العمل - منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ١٩٦٨.

- الدكتور جميل الشرقاوى - النظرية العامة للإلتزامات - الكتاب الأول - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٨١.

- الدكتور حسن كيره - أصول قانون العمل - عقد العمل - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الثالثة.

- المدخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الرابعة - ١٩٧١.

- الأستاذ حلمى بهجت بدوى - أصول الإلتزامات - الكتاب الأول : العقد - طبعة ١٩٤٣.

- الدكتور حمدى عبدالرحمن - شرح قوانين إيجار الأماكن فى ضوء القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ واللوائح التنفيذية وأحكام النقض - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٨٢.

- قانون العمل - طبعة ١٩٩٣.

- الدكتور سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) - دار الفكر العربى - الطبعة الثالثة - ١٩٧٥.

- مبادىء القانون الإدارى (دراسة مقارنة) - الكتاب الثالث - دار النهضة العربية - الطبعة العاشرة - ١٩٧٧.

- الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد - دار النشر للجامعات المصرية - طبعة سنة ١٩٥٦.

- الدكتور سمير عبدالسيد تناغو - النظرية العامة للقانون - الإسكندرية - منشأة المعارف - الطبعة الأولى - ١٩٧٣.

- الدكتور شفيق شحاته - تاريخ القانون المصرى - القاهرة - طبعة ١٩٦٠.

- نظرية الإلتزامات فى القانون الرومانى - طبعة ١٩٦٢.

- شمس الدين الوكيل - دروس فى الإلتزامات - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الأولى - بدون سنة طبع.

- الدكتور صوفى حسن أبو طالب - بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى - نهضة مصر - بدون سنة طبع.

- تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٧٢.

- مبادىء تاريخ القانون - طبعة ١٩٦٧.

- الدكتور عبد الحى حجازى - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٥٥.

- النظرية العامة للإلتزامات - الجزء الأول - القاهرة - طبعة ١٩٦٢.

- الدكتور عبدالرشيد مأمون - الوجيز فى المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون - دار النهضة العربية - ١٩٤٤.

- الوجيز فى عقد البيع والمقايضة - دار النهضة العربية - ١٩٩٤.

- الدكتور عبدالفتاح عبدالباقى - مصادر الإلتزام فى قانون التجارة الكويتى مقارنا بالفقه الإسلامى وأحكام المجلة.

- نظرية العقد والإرادة المنفردة - ١٩٨٤.

- نظرية القانون - مطبعة نهضة مصر - الفجالة - الطبعة الخامسة - ١٩٦٦.

- الدكتور عبدالمجيد الحكيم - الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى - الجزء الأول - مصادر الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامى - بغداد - الطبعة الثانية.

- الدكتور عبدالمنعم البدراوى - الوجيز فى عقد البيع - مكتبة عبدالله وهبة - طبعة ١٩٧٠.

- الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٢.

- الدكتور عمر ممدوح مصطفى - القانون الرومانى - دار المعارف - الطبعة الرابعة - ١٩٦١.

- الدكتور فتحى المرصفاوى - تاريخ القانون المصرى - دار الفكر العربى - طبعة ١٩٨٥.

- الدكتور فتحى والى - التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإدارى - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٣.

- الدكتور محمد الشيخ عمر - العلاقة التأجيرية بين الإطلاق والتقييد وتطبيقاتها فى المملكة العربية السعودية - الرياض - ١٣٥٨هـ.

- الدكتور محمد طلعت الغنيمى - أحكام المعاهدات فى الشريعة الإسلامية -منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٧٧.

- الدكتور محمد عبدالظاهر حسين - الموجز فى عقد التأمين - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٢.

- المستشار محمد عزمى البكرى - أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى - المكتبة القانونية - الطبعة الثانية.

- الدكتور محمد على عرفة - شرح قانون الإصلاح الزراعى - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٥٤.

- مبادىء العلوم القانونية - الطبعة الثالثة - ١٩٥٦.

- الأستاذ محمد كمال عبدالعزيز - التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥.

- الدكتور محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٧٧/٧٦.

- الدكتور محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدنى - النظرية العامة للإلتزام ومصادر الإلتزام - المصادر الإرادية - نشر جامعة دمشق - طبعة ١٩٧٦.

- الدكتور محمود جمال الدين زكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - الطبعة الثانية - القاهرة - ١٩٦٩.

- عقد العمل فى القانون المصرى - القاهرة ١٩٥٦.

- قانون العمل - مطبعة جامعة القاهرة - الطبعة الثالثة - ١٩٨٣.

- الوجيز فى نظرية الإلتزام فى القانون المدنى المصرى - الجزء الأول - مطبعة جامعة القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٧٦.

- الدكتور محمود سلام زناتى - تاريخ القانون المصرى - القاهرة - طبعة ١٩٧٢.

- الدكتور مصطفى أحمد فؤاد - مفهوم إنكار العدالة - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٦.

- الدكتور نجيب إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - الجزء الثانى - منشأة المعارف بالإسكندرية.

- الدكتور نزيه محمد الصادق المهدى - عقد التأمين - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٤.

- المدخل لدراسة القانون - الجزء الثانى - نظرية الحق - دار النهضة العربية - ١٩٩٢.

- الدكتور نعمان محمد خليل جمعة - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الأول: نظرية القانون - بدون سنة طبع.

«ب» المراجع المتخصصة :

- الدكتور أحمد مدحت على - نظرية الظروف الإستثنائية - الهيئة المصرية العامة للكتاب - طبعة ١٩٧٨.

- المستشار أحمد هبه - موسوعة مبادىء النقض فى الإثبات - الطبعة الأولى - ١٩٨٥.

- الدكتور حسنى سعد عبدالواحد - تنفيذ الإحكام الإدارية - القاهرة - ١٩٨٤.

- الأستاذ حسين عامر - نظرية سوء استعمال الحقوق - القاهرة - مطبعة مصر - ١٩٤٧.

- القوة الملزمة للعقد - القاهرة - مطبعة مصر - ١٩٤٩.

- الدكتور سامى جمال الدين - الرقابة على أعمال الإدارة - منشأة المعارف - بالإسكندرية - ١٩٨٢.

- الدكتور سعيد عبدالسلام - سلطة محكمة النقض فى الرقابة على تفسير عقود الإذعان - طبعة ١٩٩٢.

- الدكتور سمير عبدالسيد تناغو - القرار الإدارى مصدر للحق - منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ١٩٧٢.

- الدكتور صوفى أبو طالب - أبحاث فى مبدأ سلطان الإرداة فى القانون الرومانى - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٦٤.

- الدكتور عبدالسلام الترمانتينى - نظرية الظروف الطارئة - دار الفكر - ١٩٧١.

- قطب ابراهم محمد - السياسة المالية لعثمان بن عفان - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٠.

- الدكتور محمد وحيد الدين سوار - الشكل فى الفقه الإسلامى - طبعة إدارة البحوث بمعهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

- عباس محمود العقاد - عبقرية على - دار الكتاب اللبنانى - الطبعة الأولى - ١٩٧٤.

- مصطفى أحمد بلخيريه - رسالة القاضى - بحث موجز فى مشاكل الصناعة القضائية وأسسها وفوائدها فى المجتمع - تونس - طبعة الإتحاد التونسى للشغل - ١٩٨٠.

- الدكتور نعيم عطية - فى الروابط بين القانون والدولة والفرد - دار الكاتب العربى للطباعة والنشر - ١٩٦٨.

- الدكتور يسى محمد يحيى - عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى - دار الفكر العربى - ١٩٧٨.

«جـ» الرسائل :

- الدكتور أحمد عباس عبدالبديع - تدخل الدولة ومدى اتساع السلطات - دار النهضة العربية - ١٩٧١.

- جعفر عبدالسلام - شرط بقاء الشيء على حاله أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - ١٩٧٠.

- حسب الرسول الشيخ الفزارى - اثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدى فى القانون المقارن - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - مطبعة الجيزة بالإسكندرية - ١٩٧٩.

- عبدالجبار ناجى الملا صالح - مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود - رسالة ماجستير من جامعة اليرموك - العراق - بدون سنة طبع.

- الدكتور - عبد الحى حجازى - عقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ - رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول - عام ١٩٥٠ - مطبعة فؤاد الأول - ١٩٥٠.

- الدكتور عبدالرشيد مأمون شديد - الحق الأدبى للمؤلف - النظرية وتطبيقاتها - دار النهضة العربية - ١٩٧٨.

- عبدالعزيز عزت الخياط - الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٨٢.

- الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة - عقود الأذعان فى القانون المصرى - رسالة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول - ١٩٤٦.

- على محمد عبدالمولى - الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى - رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس - طبعة ١٩٩١.

- السيد بدوى - حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية فى المعاملات المدنية - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - ١٩٨٩.

- السيد محمد مدنى - مسئولية الدولة عن أعمالها المشرِّعة (القوانين واللوائح) - رسالة دكتوراه - المطبعة العالمية - ١٩٥٢.

- الدكتور محمد صبرى السعدى - تفسير النصوص فى القانون والشريعة الإسلامية - دار المطبوعات الجامعية بوهران - الجزائر - طبعة ١٩٨٤.

- الدكتور محمد عبدالظاهر حسين - المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - طبعة ١٩٩١.

- محمد كاظم كمال العطار - نحو قانون مدنى عربى فى ضو الأيدلوجية العربية الثورية - بغداد - نشر وزارة الثقافة والفنون بالجمهورية العراقية - ١٩٨٧.

أبحاث ومقالات:

- الدكتور ابراهيم شحاته - إجتهاد القاضى - مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - السنة الرابعة - العدد الثانى (١٩٦٢) - ص ٤١٥.

- المستشار الدكتور أبو اليزيد على المتيت - الحرية التعاقدية والنظام القانونى العام - المحاماة - السنة الواحدة والأربعون - ١٩٦٠ - العدد الخامس - ص ٧١٤.

- الأستاذ أسعد الكورانى - نظرية الحوادث الطارئة فى التشريع المدنى للبلاد العربية - المحاماة - س ٤٠ - ١٩٥٩ - العدد الأول - ص ٢١٧

- الدكتور أحمد شوقى عبدالرحمن - قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين - مجموعة البحوث التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة - ١٩٧٧ - بحث رقم ٤ - ص ١٠٤.

- الدكتور أحمد عبدالرحمن الملحن - نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها - مقال منشور بمجلة الحقوق التى تصدر عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت - السنة السادسة عشرة - ١٩٩٢ - العددان الأول والثانى - ص ٢٤١.

- الدكتور حامد زكى - عقد التوريد وتغير الظروف الفجائى - مجلة القانون والإقتصاد - السنة الثانية - ١٩٣٢ - ص ٩٥.

- صليب بك سامى - الظروف الطارئة واثرها فى مسئولية المتعاقدين - المحاماة - س ١٢ (١٩٣٢) العدد التاسع - ص٨١٢.

- المستشار حنفى محمد غالى - نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقهما على عقود بيع أملاك الدولة - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة الثانية (١٩٥٨) العدد الثالث - ص ١٢٨.

- الأستاذ زكى سعيد البدرمانى - ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ونظرية الظروف الطارئة - المحاماة - السنة الثالثة والثلاثون - ١٩٥٢، ١٩٥٣ - العدد الخامس - ص ٨٤٥.

- الأستاذ نصيف زكى - اضطراب سعر النقد ونظرية الطارىء المفاجىء - المحاماة - ص ١٣ - ١٩٣٢ - ١٩٣٣ - العدد الثانى - ص ١٢٧.

- الأستاذ عادل علوبه - نظرية الحوادث الطارئة - المحاماة - ص ٤٠ (١٩٥٩) العدد الأول - ص ٢٤٨.

- الدكتور عبدالحى حجازى - آثار الإستحالة فى العقود الملزمة للجانبين - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة التاسعة - العدد الثالث - ص١٢٦.

- أثر العوامل الإقتصادية والإجتماعية فى العقد - الحلقة الدراسية الثالثة للقانون والعلوم السياسية (بغداد ١٩٦٩) - كتاب المجلس الأعلى لرعاية الفنون والإداب والعلوم الإجتماعية - الجزء الثانى - طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب (١٩٧٢).

- نظرية الإستحالة - مجلة ادارة قضايا الحكومة - السنة السابعة - العدد الثانى - ص ١٥٧.

- الدكتور عبدالرزاق السنهورى - تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعى - المحاماة - السنة الواحدة والأربعون - العدد الأول - سبتمبر ١٩٦١.

- الدكتور عبدالمنعم عبدالعظيم جيره - دور القاضى فى صنع القواعد القانونية - أو الدور الخلاق للقاضى (دراسة مقارنة) مجلة العدالة التى تصدرها دولة الإمارات العربية - السنة السادسة - العدد الثانى عشر.

- الدكتور عبدالمنعم فرج الصده - أثر العوامل الإقتصادية والإجتماعية فى العقد - مجلة القانون والعلوم السياسية - الحلقة الدراسية الثالثة (بغداد فى يناير ١٩٦٩) جـ ٢.

- الدكتور عصمت عبدالمجيد - الغبن اللاحق وموقف القانون العراقى منه - العدالة - السنة الرابعة - العدد الأول.

- الشيخ على الخفيف - الغبن فى العقود - مجلة البحوث والدراسات العربية - العدد العاشر (٧٩ - ١٩٨٠).

- الدكتوره ليلى عبدالله سعد - دور الإرادة فى تقييد حق الملكية - مجلة الحقوق التى تصدر عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت - السنة السادسة - العدد الرابع - ص ١٨٧.

- المستشار الدكتور محمد شتا ابوسعد - الشرط الجزائى - مجال أعماله وشروط ذلك الأعمال - مجلة هيئة قضايا الدولة - السنة السابعة والثلاثون - العدد الأول - ص ٥٥.

- الدكتور محمد عبدالجواد - مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة - المحاماة - السنة ٣٩ - العددان الثانى والثالث.

- شرط الإرهاق فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة - مجلة القانون والإقتصاد س ٣٣ - العدد الرابع - ص ٥٤٧.

- الغبن اللاحق والظروف الطارئة فى القانونين الفرنسى والمصرى - مجلة القانون والإقتصاد - س ٣٢ - العدد الثانى - ص ١٤٧.

- الدكتور محمد عبدالظاهر حسين - التعويض المحدد «الفوائد» - بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والإقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق ببنى سويف - عدد يناير ١٩٩٣.

- الدكتور محمود جمال الدين زكى - اتفاقات المسئولية - مجلة القانون والإقتصاد - السنة ٢٠ - ص ٥١٢.

- الدكتور محمود بركات والدكتور زكى الشعراوى - حماية البيئة والإستخدامات السلمية للطاقة النووية - بحث مقدم للمؤتمر العلمى الأول للقانونيين المصريين - القاهرة - فبراير ١٩٩٢.

- الدكتور نزيه محمد الصادق المهدى - محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصى والموضوعى فى الإلتزام - مجلة القانون والإقتصاد - السنة ٤٩ (١٩٧٩) - العددان الأول والثانى - ص ١، ٣٨١.

- الدكتور وهبة الزحيلى - النية والباعث فى فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية التى تصدرها كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت - السنة الثانية - العدد الثالث - ص ٦٩.

- الأستاذان يرب ولد احمد صالح وابراهيم ولد ابنى - تطبيق وتأويل القانون من طرف القاضى الموريتانى - المجلة الموريتانية للقانون والإقتصاد - السنة الثانية - العدد الرابع - ص ٤٣.

«هـ» القوانين:

- القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة.

- القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

- مجلة الإلتزامات والعقود المغربية.

- قانون الإلتزامات والعقود الموريتانى.

«و» الدوريات ومجموعات الأحكام:

أ - الدوريات:

- مجلة البحوث والدراسات العربية.

- مجلة البحوث القانونية والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة بنى سويف.

- مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الكويت.
- الجريدة الرسمية.
- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - تصدرها كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - بجامعة الكويت.
- مجلة العدالة - تصدرها كلية الحقوق - بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- مجلة العدالة - تصدر عن كلية الحقوق - جامعة بغداد - العراق.
- مجلة العدالة - تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الكويت.
- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة عين شمس.
- مجلة القانون والإقتصاد - يصدرها أساتذة كلية الخقوق - جامعة القاهرة.
- مجلة القانون والعلوم السياسية - تصدرها كلية السياسة والإقتصاد - بغداد - العراق.
- مجلة القضاة - مجلة فصلية يصدرها نادى القضاة بجمهورية مصر العربية.
- مجلة المحاماة - تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية.
- مجلة مصر المعاصرة - تصدرها الجمعية المصرية للإقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع.
- المجلة الموريتانية للقانون والإقتصاد - تصدرها كلية العلوم القانونية والإقتصادية بانواكشوط - موريتانيا.
- مجلة هيئة قضايا الدولة - تصدرها هيئة قضايا الدولة بجمهورية مصر العربية.

٢ - مجموعات الأحكام:-

- مجموعة أحكام محكمة النقض - الدائرة المدنية - إصدار المكتب الفنى بمحكمة النقض.
- مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا - إصدار المكتب الفنى بمجلس الدولة.
- مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الإدارى - إصدار المكتب الفنى بمجلس الدولة.

ثانيا أهم المراجع باللغة الفرنسية:

I - OUVRAGES GENERAUX :

- AUBRY et RAU : Cours de Droit Civil Francais, T. 4,5 eme edition.
- ANDRE BRUN et HENRI GALLAND: Droit du travail, Tom. 2, Les rapports individuals de travail, Paris, Siry. 12 eme edition (1976).
- JEAN CARBONNIER: Droit civil, 4, Les obligations, THEMIS, P.U.F., 10 eme edition (1979).
- PIERRE DUPONT DELESTARINT: Droit Civil, Principaux contrats, MEMENTOS DALLOZ. 7 eme edition (1982),
- L. DUGUIT: Traite de droit constitutionnel, T. 1, 1930.
- JEAN ESCARRA: Cours de droit commercial, Nouvelle edition SIRY, PARIS, (1952).
- GERARD FARJAT: Droit prive de l`economie, Theorie des obligations, THEMIS, P.U.F. 1975.
- JACQUES FLOUR et JEAN-LUC AUBERT, Droit civil, Les obligations, L`acte juridique, 1980.
- EUGENE GAUDEMET: Theorie generale des obligations, SIREY, 1956.
- JACQUES GHESTIN: Traite de Droit Civil, Les obligations, Le contrat, L.G.D.J., 1980.
- JACQUES GHESTIN et GILLES GOULEAUX: Traite de droit civil, Introduction generale, L.G.D.J. 1977.
- JACQUES GHESTIN et PHILIPPE LANGLAIS, Droit de travil, Paris, SIRY, 5 eme edition (1983).
- M. HURIOU: Principes de droit public, 2 eme edition (1916).
- JEZE: Principes de droit administratif, 2 eme edition (1914).
- JOSSERAN: Cours de Droit Civil Francais, 3 eme edtion.
- ANDRE DE LAUBADRE: Traite de droit administratif. Paris, L.G.D.J. 8 eme edition, (1980).
- GERARDLYON-CAEN: Droit du travil, T. 2, Les salaires, 2 eme edition (1981).

- MARTY et RAYNAUD: Droit Civil, T. 2, 1 er vol., Les obligations, Paris, SIREY.
- MAZEAUD (H.L.J.): Lecons de droit civil, Tome 1, Volume 1, 6 eme edition, Par Francois Chabas, Montchrestien.
  - lecons de droit civil, T. 2, ler vol., Obligations.
  - lecons de droit civil, Tome troisime, Principaux contrats, 2 eme Partie.
- PORIS STARCK: Droit Civil, Introduction, Libraire technique, 1967.
  - Droit Civil, obligation, Paris, Libraires technique, 1972.
- M. WALINE: Precis de droit administratif, Montchrestin, 1969.
- ALEX WEILL: Droit Civil, Les biens, Deuxieme edition, Paris DALLOZ, 1974.
- ALEX WEILL et FRANCOIS TERRE: Droit civil, Les obligations, 3 eme edition, Precis, DALLOZ, 1980.

II QUVRAGES SPECIAUX:

RAYMOND BARRE: Reflexions pour demain, Paris, Hachette, 1984.

- EDMOND BE RTRAND, L'esprit nauveau des lois civiles, Economica, 1984.
- JACQUES CHEVALLIER et DAINIELE LOSCHAK: L'administration comme organisation et systeme d'action, Paris, L.G.D.J, 1987.
- RENE DAVID et FRANSOISE GRIVART KERSTRAT: Les contrats en Droit Anglais, Paris, L.G.D.J. (1973).
- L. DUGUT: Les transformations generales du droit prive depuis le Code Napaleon, Paris, 1918.
- PAUL DURAND: Preface de la tendance a la stabilite du rapport contractuel, Paris, L.G.D.J., 1960.
- FRANCOIS GENY: Method d'interpretation et sources de droit prive positif, Paris, L.C.D.J., 1 er edition (1899).
- PHILIPPE MALAURIE: La revision des rentes viageres constituees entre particuliers, Paris, L.G.D.J. 1980.

- MLLE HNENRIETTE MARIE: La revision des rentes viageres, Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1980.

- ACHILLE MESTRE et EMILE JAMES: La clause - or en Droit Francsis, Paris, Nouvelle Libraire Nationale, 1962.

- L. MOURGEON: Le pret d`argent, Paris, SIREY, 1956.

- HEINRICH REINECHE : L`influence de la depreciation monetaire sur les droit des obligations, 11, Republique Fiederale d`Allemangne, Paris, 1982.

- GEORGES RIPERT: les forces creatrices du droit, Paris, J.G.D.J., 1955.

- MAROI RIST: L`echelle mobile dans les contrats et dans les jugements, Paris, Monthrestien.

- PHILIPPE SIMONNOT : Le pouvoir monetaire, Paris, Seghers, 1975.

III - THESES DE DOCTARAT:

- ALIBERT (R),: L`imprevision dans les concessions de service public, These, Paris, 1924.

- AUVERNY BENNETOR (J): Le theorie de l`imprevision, These, Paris, 1939.

- JEAN PAUL BUGAULT: Le maintien de l`equilibre contractuel dans la pratique notariale courante, these, Paris, 1945.

- FRANCOIS CHABAS: L`influences de la pluraite de causes sur le droit a reparation, These Paris, L.G.D.J. 1967.

- TAOFEK CHEHATA: Le concession de service public, These, Caire, 1941.

- EMERENTIENNE de GAUDIN de LAGRANGE: L`intervention du juge dans le contrat, These, MONTPELLIER, Siry, 1935.

- LINO DI QUAL : La competence Liee, These Lille, L.G.D.J. 1964.

- AHMED ZIDI EL CHIATI: La formation du contrat et son interpretation dans le code civil Egyptien, These.

MOSTAPHA MOHAMAD EL GAMMAL: L`adaptation du contrat aux -

circonstances economiques, Etude comparee de Droit Civil de la Republique Arab Unie, These, Paris, L.G.D.J. 1961.

- GERARD FARGAT : L`ordre public ecomomique, These, Paris, L.G.D.J. 1963.
- ALAIN GHOZI : La modification de l`obligation par la volonte de parties, Etude de Doroit Civil Francais, These, Paris, L.G.D.J. 1980.
- NOOMAN M. K. GOMAA : Theorie des sources de l`obligation, These, Paris, L.G.D.J. 1968.
- MAGDI SOBHY KHALIL : La dirigisme ecomomique et les contrats, These, Paris, L.G.D.J. 1967.
- KLAPP : L`evolution comparee de la notion d`imprevision en Droit Allemend et en Droit Francais, These, Paris, 1969.
- EMMANUEL KORNPROBST : La notion de bonne foi, application au Droit Fiscal Francais, These, Paris, L.G.D.J., 1980.
- JEAN LECA : Le techniques de revision des conventions. internationales. These, Aix - MARSEILLE, L.G.D.J., 1961.
- MALAURIE : L`ordre public et le contrat, Etude de droit civil compare, These, Paris, 1951.
- JAQUES PELLERIN : Les clauses relatives a la repartitation des risques financiers entre cocontractants, These, Paris, 1977.
- VASILE POLTZER : Lenrichissement sans cause, These, Paris, SIREY, 1912.
- ALFRD RIEG : le role de la volonte dans l`acte juridique en droit civil Francais et Allemand, These, Paris, L.G.D.J., 1961.
- RAYMOND SALEILLES : De la declaration de volonte, These, Paris, 1929.

- STAYANOVICH: De L`intervention du juge dans le contract en cas du survenance de circonstances imprevuees, These, AIX, 1941.

- SAMIR TANAGHO : De L`obligation judiciaire; Etude morale et technique de la revision du contrat par le juge, These, Paris, L.G.D.J., 1956.

- HAMED ZAKI: L`imprevision en Droit Anglais, These, Paris, 1930.

IV - ARTICLS :

- M. ALI BAZER : Les effets de la variation monetaire dans le domaine du contrats d`assurance, Travaux de l`association de HENRI CAPITANT, 1971.

- ANDRE BRETON : Des effets civils de la bonne foi, Revue Critique de legislation et de jurisprudence.

- M. RIERRE CATALA : Les effts de la depreciation monetaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil Franasis, Travaux de l`association de HENRI CAPITANT, 1971.

- A.P. DE CAVIEDES : clause RUBUS SIC STANTIBUS et Clauses de revision, D.D.C., 1966, II.

- DOMINQUE CHELLE et XAVIER PRETOT : Le controle administratif du reglement interieur de l`entreprise, A.J.D.A., 1989, 4, Doetrine.

- RENE DAVID : L`imprevision dans les droits europeens, Melanges JAUFFRET, 1974.

- PLUL ESMEIN : Rapport sur le question de l`intervention de l`Etat dans les contrats, Travaux de l`association de HENRI CAPITANT, 1946.

- REGIS FABRE: Les Clauses d`adaptation dans les contrats, R.T.D.C., 1983. P. 1.

- PATRICK de FONTBRESSIN : de l`influence de l`acceptation de concept de Praix sur l`evolition du droit des contrats, Sem. Jur, 1986, P. 655.

- MARCEL FREJAVILLE : Les clauses d`echelle mobile, D. 1952, Chornique.

- JACQUES GHESTIN: L`utile et le juste dans contrats, D. 1982. Chron. I, P. 6.

- ARTHUR HARTKAMP: Vers un nouveau Code Civil Neerlandis, R.I.D.C., 1982, 2.

- PATRICK HUNOUT: Un couple fondamental vers anthropologie de decisions judiciaire, Reuve de droit et culture, 12 (1986).

- EDOUARD LAMBERT : Congres international de droit compare, Revue "ALQANOUN WAL IQTISAD", 2 eme annee, No. 1.

- GERARD LYON-CAEN: De nouveau sur les reglement interieur et la discipline dans l`entreprise, D.P. 1983.

  - De L`evolution de la notion de bonne foi, R.T.D.C., 1946.

- L. LEFUR : La theorie du droit naturel, R.D.C. 1927, Tome 2.

- PHILIPPE MALAURIE: Rapport sur les reaction de la dectrine a la creation de droit par les juges, Travaux de l`association de HENERI CAPATANT, 1980.

- GORGES MALIGANAC et ALFRED SAUVY : Les indices de cout de la vie; Revue de Droit Social, 1955, P. 154.

- E.S. de la MARNIERRE : Observations sur l`indexation comme mesure de valeur, R.T.D.C., 1977.

- ANTOINE JEAM MAUD : Separation des pouvoirs et action en nulite de dispositions du reglement interieur, D. Soc., 1985, No. 5 (Juin).

- JEAN MARC MOUSSE RON: La gestion des risques par le contrat. R.T.D.C., 87 e annee (1988), no. 3 (Juillet - Septembre) P. 481.

- M . BRUNO OPPETIT: Rapport sur le role du juge en presence des problemes ecomomiques en droit civil Francais, Travaux de l`association de HENERI CAPATANT, 1970.

- YVES PICOD, L`obligation de cooperation dans l`execution du contrat, La semaine Jurideque, 1988, I, No. 3318.

- JEAN-MARIE PONTIER: L`imprevisibilite, Revue du Droit Public, 1986, I, P. 5.

- RENE REBLOT : Les repercussions de la reglementation francaise des changes sur la formation et l`execution des obligations, Reuve de droit social, 17 annee (1954) No. 3 (Mars), P. 129.

- JEAN SAVATIER : Le modification du contrat de travail, Revue de Droit Social, 1980.

  - La modification unilaterale du contrat de travail, Revue de droit social (Mars), 1981, P. 219.

- M. SAVATIER : Rapport sur le question de l`intervention de l`etat dans les contrats, Travaux de l`association de HENRI CAPITANT, 1946.

- ANNE SINAY CYTERMANN : La commission des cluses abusives, R.T.D.C., Annee 84 (1985), No 3 (Juillet-September) P. 472.

- SOTO (J.de) : Imprevision et economie dirigee, J.C.P., 1950, Edition general, No. 1.

- M. MAURICE TANCELIN: l`adaptation des rapports juridiques de droit prive au circonstances ecomomiques au Canada et en particulier dans la province de Quebec, Travaux de l`association de HENRI CAPITANT, T. XXIII, 1971.

- ANDRE TOULEMON : Evolution de la jurisprudence en matiere de clauses d`echelle mobile et de clauses de variation suivant indices, R.T.D. Commercial, 1951, II.

  - L`indice or, R.T.D. Comm. 1948.

V - NOTES ET OBSERVATIONS:

- HENRI CAPITANT : note sous cassation Civil, du 17 Mai, 1972, D. 1927.

- M. FREJAVILLE : Note, J.C.P., 1948, II, No. 4708.

- J. PH. LEVY : Note sous l`arret de trib. Comm. CHARALLES 1 er Fevrer 1949, J.C.P. 1949, II, Jurisprudence, No. 4867.

- PHILIPPE MALAURIE : Note sous Cass. Civ. 18 Mars 1955, D. 1956, J, P. 517.

M. la conseiller MIHURA: Note a la semane Jurideque 1935, 7.

GEORGES RIPERT : Not sous l`arret de 2 eme avir. 1951 de le cour d`appel d`AIX-en-PROVENCE, d. 1951, 11, Jurisprudence

- VASSEUR : Note R.T.D.C., 1951.

VI - PERIODIQUES :

- Actualite juridique, droit administratif.
- Droit et Culuture.
- Droit Social.
- Etudes et Documents du Conseil d`Etat.
- Gazette du Palais.
- Journal officiel de la Republique Fransaise.
- Juris - classeur Periodique (La Semaine Juridique).
- La Revue administrative.
- Recueil Dalloz sirey.
- Recueil des decisions du conseil d`Etat.
- Revue de droit Public et de la science Politique en Rrance en a l`Etranger.
- Revue internationale de droit compare.
- Revue trimestrielle de droit civil.
- Revue trimestrielle de droit commerciale.

ثالثا : أهم المراجع باللغة الانجليزية:

- P. S. ATIYAH : An Introduction to the law of contract third edition (1981), EXFORD, Clarendon Press.
- G. H. L. FRIDMAN, The law of agency, Sixth edition (1990) LONDON, Butterwarths.
- OLIVER J. LISSITZYN : Treates and changed circumstances A.J.I.L., 1967.
- KARL RENNER: The institutions of private law and their social functions, Edited by O. KAHN-FREUND, Translated by Angces schawrzschild, LONDON, Routledge and Kegan Paul, 1949.
- G. H. TREITEL : The law of contract, Fourth Edition (1975). LONDON, Stevens.

المحتوى

القسم الأول
كيفية إعمال التطويع

الباب الأول
دور المتعاقدين فى تطويع العقد

الباب الثانى

دور الإدارة فى تطويع العقد

القسم الثانى

أحكام تطويع العقد

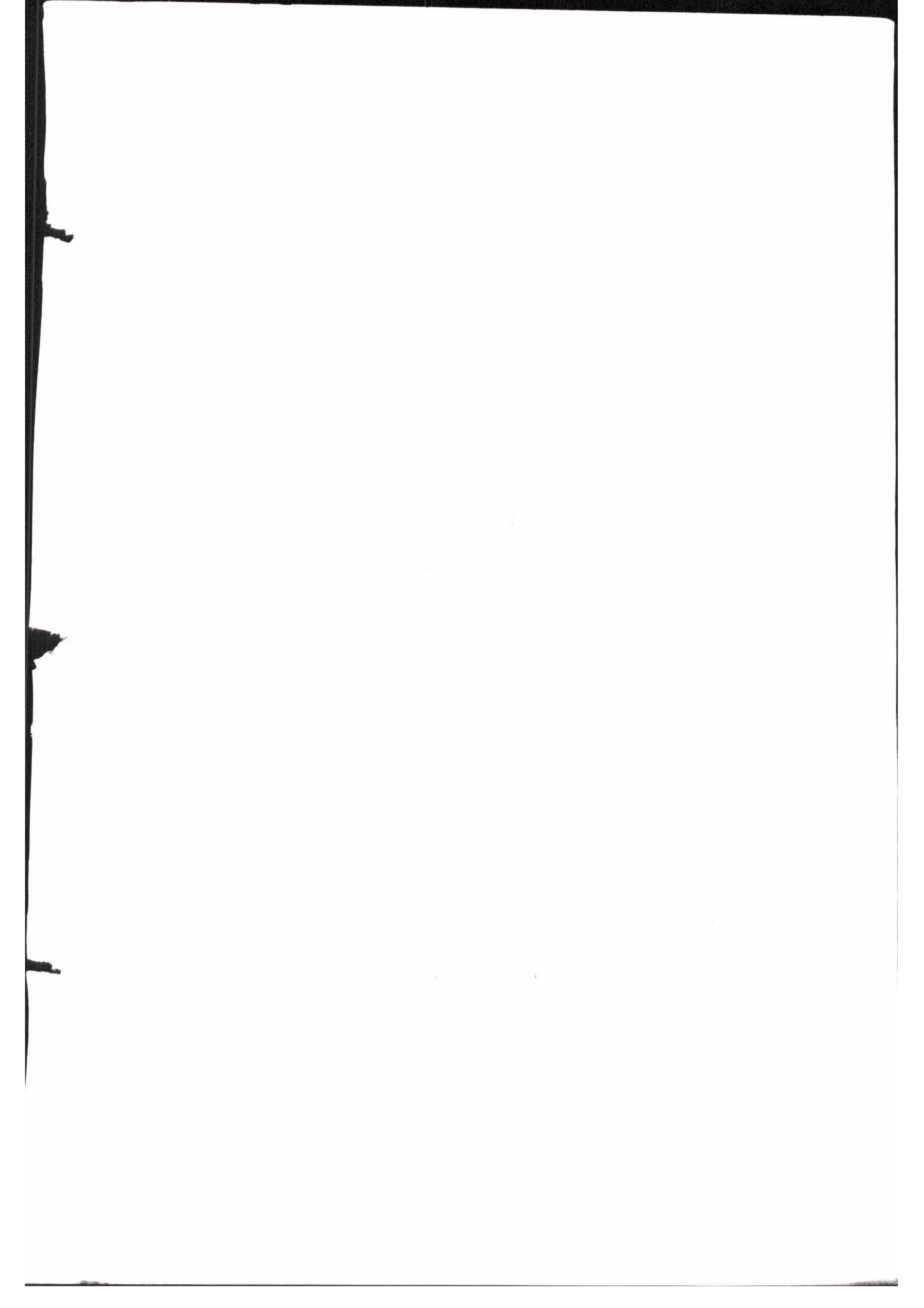
الباب الأول
ضوابط تطويع العقد

الباب الثانى

نتائج فكرة تطويع العقد

تصويب الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٥	٣	يدل	يدل على
٥٩	١٦	je	Le
٩٢	١ هامش	المالكية	الملكية
١٠٥	٥ هامش	المشروعة	المشرعة
١٠٩	١ هامش	Cntrat.	Contrat.
٢٠٩	٧	الالتزامية	الالزامية
٢١٤	الأخير من الهامش	البيع	الإيجار
٢٢٢	٣	قانونى	تخذف
٢٢٨	٢ هامش	Wiett	Weill
٢٣٦	٩ هامش	من الأخير	من أن الأخير
٢٤١	٨	الواقعة	الواقعية
٢٤١	٩	الت	التى
٢٥٩	١٢ هامش	أو	و
٢٧٠	٥	وينضمن	وينضم
٢٧٠	٢٠	المفادىء	المفاجىء
٢٧٨	١٣ هامش	١٠٧٧	١٩٧٧
٤١٣	١٢ هامش	تنفيذ	تنفيذه
٤٢١	١٨	لأن الإنسان السوى	تحذف
٤٦٧	١٣ هامش	sax	soc
٤٨٤	١٦	هيرن	هيتون
٤٩٠	٣	مائة خمسون	مائة وخمسون
٥٠٠	١٠ هامش	لم يكن توقعها	لم يكن فى الوسع توقعها
٥٠٣	١٧	هقه	رهقه
٥٤٦	١	الميعنة	المعينة
٥٧٨	٩	سيلة	وسيلة
٥٨٦	٦	لم	ولم
٦٤٥	١٥	الواردة	الوارد
٦٥٨	١٢	١٩٤٤	١٩٩٤
٦٧٦	١٧	en	et



رقم الإيداع

٩٤/٤٥٦١

رقم دولى

I . S . B . N

977 - 00 - 7011 - 4

دار الهانى للطباعة

ت : ٢٢١٢٠٥٥

